

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

Essai d'une Théorie d'Ensemble
de
**LA CONCESSION DE SERVICE
PUBLIC**

Un aspect de l'évolution du droit public contemporain

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 10 Décembre 1934, à 14 heures

PAR

Philippe COMTE

LICENCIÉ ÈS-LETTRES
LAURÉAT DE LA FACULTÉ

Président : M. Achille MESTRE,
Suffragants { MM. LAFERRIÈRE,
SCELLE. } *Professeurs*

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)
22, Rue Soufflot, Paris, 5^e

1934

Essai d'une Théorie d'Ensemble
de
LA CONCESSION DE SERVICE
PUBLIC

Un aspect de l'évolution du droit public contemporain

**La Faculté n'entend ni approuver, ni désapprouver
les opinions émises dans les thèses; ces opinions
doivent être considérées comme propres à leurs
auteurs.**

Essai d'une Théorie d'Ensemble
de
**LA CONCESSION DE SERVICE
PUBLIC**

Un aspect de l'évolution du droit public contemporain

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 10 Décembre 1934, à 14 heures

PAR

Philippe COMTE

LICENCIÉ ÈS-LETTRES
LAURÉAT DE LA FACULTÉ

Président : M. Achille MESTRE,

Suffragants

{ MM. LAFERRIÈRE,
SCELLE. }

Professeurs

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, Paris, 5^e

—
1934



INTRODUCTION

I

La fin du siècle dernier marque un tournant décisif dans l'évolution du droit public moderne. Ce n'est, semblé-t-il, qu'un aspect d'un bouleversement plus général des principes, dont les répercussions éclatent simultanément aux points cardinaux de la science politique : dans le domaine proprement politique, c'est le déclin de la conception autoritaire de l'Etat, précipité par l'avènement du régime démocratique et le triomphe au moins théorique des libertés publiques ; sur le terrain économique, c'est l'immixtion toujours croissante de l'autorité publique dans les relations sociales, légitimée par la notion nouvelle de l'Etat-service, substituée à l'ancienne notion de l'Etat-gendarme : l'activité administrative, toujours plus absorbante, se manifeste dans la gestion d'entreprises industrielles et commerciales ; sur le plan juridique, enfin, l'évolution se synthétise dans la prédominance de la notion du Service Public devant laquelle s'efface l'ancienne notion de la puissance publique ; la subordination du moyen au but, du pouvoir à la fonction, transforme radicalement la physionomie d'ensemble du droit administratif : « Cette pénétration de tous les ressorts de l'organisation administrative par l'idée de service ou de la fonction fait que l'administration publique est une vaste institution gravitant autour d'une idée, et que le pouvoir administratif lui-même est soumis à cette idée »¹.

Si elle couvre un domaine très vaste dans l'Etat moderne, l'activité administrative se présente aussi sous des aspects

1. Hauriou, *Droit administratif*, 11^e éd., p. 13.

infiniment variés. Nos anciens auteurs avaient dû reconnaître qu'en dehors de son rôle de puissance commandante, l'administration assumait la gestion d'un patrimoine et l'exploitation des Services Publics ; la puissance publique et la gestion composaient les deux faces de la double personnalité morale de l'Etat. Cette conception trop simple est aujourd'hui débordée par l'extrême complexité de la vie administrative.

La fonction de police, à laquelle se réduisait, dans l'orthodoxie libérale, le rôle de l'Etat, s'oriente vers de nouvelles fins ; nos anciens auteurs demandaient à l'autorité gouvernementale d'assurer l'ordre au dedans et la paix au dehors : l'Etat moderne utilise les pouvoirs de contrainte et de réglementation pour diriger l'économie nationale et intervenir dans les relations sociales. Les organisations destinées à pourvoir aux différents besoins collectifs se multiplient ; l'Etat assume la charge de l'éducation nationale, de l'assistance aux indigents, ouvre l'exploitation de lignes postales, téléphoniques, télégraphiques, devient entrepreneur de transports, distributeur d'eau, de gaz, d'électricité ; il seconde l'initiative privée et favorise l'expansion économique en créant les chambres de commerce, d'agriculture, les différents offices.

Ces manifestations si diverses de l'activité étatique se cristallisent autour de la notion du Service Public : organisation suppléant à l'insuffisance de l'initiative privée par l'emploi éventuel des prérogatives de la puissance publique, pour assurer la satisfaction régulière et continue d'un besoin collectif.

L'activité administrative se prolonge d'ailleurs au delà de la gestion des Services Publics : nous voyons aujourd'hui l'Etat assumer l'exploitation d'entreprises industrielles et commerciales ne répondant pas à la notion du Service Public ; la gestion privée des services industriels et commerciaux semble en plein développement : la jurisprudence s'attache à la séparer nettement de la gestion des Services Publics ¹.

1. Voir en particulier l'arrêt célèbre du Tribunal des Conflits du 11 juillet 1933, *Dame Mélinette*, conclusions du commissaire du gouvernement Rouchon-Mazerat. Sur la gestion privée, voir également : Lahillonne, *La gestion privée*. Thèse Toulouse 1931, et note Delvolé au S., 1932-3-97.

II

Quelle que soit l'étendue de sa compétence, l'administration n'a pas le monopole du bien public ; sortons des cadres de l'institution administrative, et dans la sphère du commerce juridique privé nous trouverons des particuliers, individus ou collectivités, assurant la gestion d'entreprises d'intérêt collectif.

Sous la forme la plus ancienne, c'est l'Etablissement d'utilité publique qui, dans un but désintéressé, supplée aux lacunes de l'organisation administrative. Bien qu'indépendant, l'Etablissement public, en raison de sa fonction, peut se trouver appelé à collaborer avec les Services Publics centralisés : la législation des retraites ouvrières, et aujourd'hui des Assurances Sociales, nous offre un excellent exemple de cette collaboration.

Nous voyons en second lieu des entreprises industrielles privées dont le fonctionnement ne saurait s'accommoder d'un régime d'absolue liberté ; ces entreprises répondent en réalité à un intérêt collectif puissant, qui justifie l'intervention de l'autorité publique dans leur gestion. Le cas le plus typique est celui des services de transports automobiles que la pratique administrative, appuyée par la jurisprudence, tend à soumettre à un régime d'autorisation et de réglementation qui en fait de véritables Services Publics.

Nous trouvons enfin la gestion par un particulier d'un Service Public organisé : c'est la concession de Service Public.

L'exploitation d'un Service Public ressortissant de la compétence normale d'une administration publique en est détachée et confiée à un individu, ou plus souvent à une compagnie privée. La concession comme mode de gestion des Services Publics joue un rôle de premier plan dans la vie administrative : la plupart des Services Publics industriels et commerciaux sont aujourd'hui confiés à des compagnies concessionnaires ; les entreprises de transports ferroviaires, aériens, maritimes, de distribution d'eau, de gaz, d'électricité, sont exploitées sous ce régime.

III

La concession de Service Public présente un très grand intérêt, non seulement pratique, mais théorique : elle soulève de très délicates questions juridiques.

Nous l'avons rencontrée sur les frontières un peu incertaines de la vie administrative et du commerce juridique privé : il s'agit avant tout de l'exploitation d'un Service Public, dont le mode de gestion ne doit pas altérer la nature ; mais l'exploitant du service n'est pas un fonctionnaire, c'est un industriel étranger aux cadres administratifs, qui poursuit la réalisation d'un bénéfice. Les règles juridiques du droit public qui dominent l'organisation et le fonctionnement des Services Publics vont-elles pouvoir s'adapter sans déformation au service géré par le concessionnaire ?

Il semble naturel d'aborder le problème en se tournant vers l'acte générateur de la concession de Service Public, qui délègue un particulier à la gestion du service : c'est ainsi que pour certains auteurs, la question se ramène à déterminer la nature juridique de l'acte de concession, dans laquelle on pense découvrir la situation réciproque du concessionnaire et de l'administration concédante. C'est une façon un peu trop étroite de poser le problème : ce que nous cherchons, c'est moins à classer l'acte dans une certaine catégorie juridique qu'à pénétrer la structure juridique de l'institution.

Dans quelle mesure la concession de Service Public s'insère-t-elle dans l'organisation administrative, et déborde-t-elle au contraire sur le domaine du commerce privé ? La concession d'un Service emporte-elle une déformation du régime juridique de ce service ? En un mot, quelle est la place du service concédé dans cette vaste institution qu'est l'administration des Services Publics ? C'est sous cet angle très large que nous poserons le problème. En raison même de sa généralité, il ne peut être traité sans un appel constant aux principes dominants du droit administratif.

CHAPITRE PRELIMINAIRE

NOTION GENERALE DE LA CONCESSION DE SERVICE PUBLIC

Section I

Evolution de la notion de concession

§ 1. — *Notions générale des concessions administratives*

La notion de concession, en droit administratif, répond-elle à une idée précise ?

On a maintes fois souligné l'amphibologie de ce terme, qui englobe une très grande variété d'opérations et de situations administratives. N'y a-t-il pas cependant sous l'apparente diversité des concessions administratives une affinité intrinsèque, un élément juridique initial et commun permettant de les différencier d'institutions voisines ? telle est la question préalable qui se pose nécessairement au seuil de l'étude d'un type particulier de concession.

Ce problème n'avait guère préoccupé nos anciens auteurs : ils énumèrent les diverses concessions administratives, ils les répartissent entre de larges catégories, mais entre ces catégories, ils se soucient peu de découvrir aucune communauté de nature. Sous un même mot, nous trouvons en effet des choses bien différentes : l'aliénation d'une portion du domaine de l'Etat au profit de particuliers ou d'administrations publiques : ce sont les concessions de lais et relais, d'alluvions, de marais, de créments futurs, les con-

cessions de bâtiments publics aux administrations départementales et communales ; l'abandon à des particuliers d'avantages précaires sur le domaine : ce sont les concessions sur les cours d'eau domaniaux et les rivages de la mer ; enfin certains procédés techniques pour l'exploitation de richesses publiques, l'exécution de travaux, la gestion de services : ce sont les concessions de mines, d'énergie hydraulique, de travaux et de Services Publics ¹.

Certains auteurs devaient cependant défier la difficulté et chercher, dans une analyse approfondie de la notion de concession, un critérium qui permit de la distinguer des notions voisines d'autorisation et de permission sur le domaine : la concession, d'après Batbie, est « un acte par lequel l'administration subroge à ses droits un particulier ou une compagnie ; c'est une mesure discrétionnaire, qui n'implique aucun droit préexistant de la part du concessionnaire ; elle se distingue de la simple autorisation, qui ordinairement suppose un droit antérieur dont l'exercice est subordonné à une permission préalable » (*Traité de droit public et administratif*, 2^e éd., t. VIII, p. 239). La création d'un droit serait donc le critérium de la concession.

Après Batbie, le problème devait tenter la subtilité des juristes : en France, en Italie, en Allemagne, des publicistes y consacrent de savantes études ; des systèmes s'édifient : la vieille théorie de Batbie, remaniée et mise à jour, exerce une influence directrice sur les travaux de Jean Guillaud, de Pilon, de Ranelletti, d'Otto Mayer ; un contre-courant se dessine avec Regray, qui caractérise la concession administrative par le but d'utilité publique qu'elle tend à réaliser, alors que la simple permission ne satisfait qu'un intérêt particulier ² ; enfin la doctrine la plus récente, par-

1. Voir en particulier : Aucoc, *Conférence*, t. II, p. 422 ; Laferrière, *Juridiction administrative*, t. I, p. 604 ; Perriquet, *Contrats de l'Etat*, p. 842 ; Christophe et Auger, *Traité des travaux publics*, t. I, p. 1 ; Dalloz, *Répertoire pratique*, V. *Concession administrative*.

2. J. Guillaud, *Notion juridique des autorisations et concessions administratives*, 1903 ; Pilon, *Monopoles communaux*, thèse, Paris, p. 59-61 ; Ranelletti, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative* ; Otto Mayer, *Droit administratif allemand*, t. III, p. 247-8, et t. IV, p. 153-4 ; Regray, *Des faits de jouissance privative dont le domaine public est susceptible*, p. 118-121.

tant d'autres bases, s'attache à la stabilité des droits conférés au concessionnaire, qui résulte de l'existence d'une situation contractuelle¹.

Nous glissons rapidement sur ce problème difficile et peut-être insoluble, dont la discussion ne rentre pas dans le cadre de cette étude : nous nous devons pourtant de le signaler ; nous constatons seulement que les solutions qui nous sont offertes semblent difficilement susceptibles d'applications pratiques ; les criterium proposés, dont nous ne discutons pas la valeur intrinsèque, ne sont-ils pas bien élastiques et bien abstraits ?

Si nous cherchons à préciser les traits élémentaires de la concession de Service Public, ce n'est pas dans ses rapports avec la concession administrative en général que nous devons l'envisager, mais dans ses origines et dans l'évolution dont elle est issue.

§ 2. — *Genèse de la notion de concession de Service Public*

La concession de Service Public est une institution relativement récente, le dernier terme d'une longue évolution qu'a traversée une institution très ancienne : la concession de travaux publics.

De cette évolution, nous rappellerons brièvement les principales étapes.

I. — *L'ancien droit.*

La concession de travaux publics, procédé d'exécution d'un travail public par les soins d'un particulier et à ses frais, moyennant le droit d'exploiter l'ouvrage durant un certain temps, est une institution fort ancienne : nous la voyons naître vers le milieu du XVI^e siècle, à l'heure où la monarchie consolidée favorise le développement économique des provinces par l'exécution d'importants travaux d'intérêt général. La construction par des entrepreneurs d'ouvrages importants et rémunérateurs semble

1. Trotabas, *De l'utilisation du domaine public par les particuliers*, p. 112 ; Mestre, *Contentieux des contrats administratifs*, p. 80 et suiv.

un intéressant procédé technique et financier. Après la concession à Adam de Craponne, en 1554, du canal de la Durance au Rhône, le système prend son essor ; au siècle suivant, il fonctionne à plein rendement ; la construction d'aqueducs, de ponts, de canaux, le dessèchement des marais, sont concédés à des particuliers : c'est ainsi qu'en 1666, Riquet de Bonrepos obtient la concession pour l'exécution du canal du Languedoc.

La conception juridique de la concession de travaux publics, sous sa première forme, s'encadrait dans les principes de notre ancien droit : le concessionnaire acquiert un droit de jouissance perpétuelle sur l'ouvrage. un droit qui n'est pas la propriété : la propriété de l'ouvrage sera partagée entre le Roi, qui en conserve le domaine éminent, et le concessionnaire qui en obtient le domaine utile, à titre de fief, à charge de fidélité et de service : aussi bien la concession est-elle alors dénommée *contrat de fief*.

La concession de notre ancien droit, c'est donc pratiquement l'abandon d'une portion du domaine au profit d'un particulier qui en jouira à perpétuité en toute indépendance.

II. — *La concession de travaux publics traditionnelle.*

Avec la Révolution, le remaniement des bases de notre droit public et la naissance du régime administratif moderne devaient transformer profondément la physionomie de l'institution. L'idée passe au premier plan, de l'intérêt public de l'ouvrage : elle entraînera une restriction des droits du concessionnaire dont la perpétuité semble incompatible avec la nature domaniale de l'ouvrage public, et une extension corrélatrice des droits de la puissance publique.

En même temps, au delà de l'exécution du travail commence à poindre une notion nouvelle : celle d'une exploitation de l'ouvrage construit, d'un service à fournir par le concessionnaire en contre-partie des avantages perçus. Les premières lignes de chemins de fer viennent d'être construites ; on se préoccupe d'assurer l'exploitation du réseau par les concessionnaires ; ce second point de vue se développera rapidement avec l'extension du réseau ferroviaire.

Cette double évolution favorisera l'emprise toujours croissante de l'autorité publique sur l'opération..

Sous sa forme traditionnelle, qui se conservera sans altération jusqu'à la fin du siècle dernier, la concession de travaux publics s'analyse en deux éléments :

1^o principalement, *la construction d'un ouvrage public*, par les soins et aux frais du concessionnaire ;

2^o accessoirement, *l'exploitation temporaire de cet ouvrage* comportant la prestation d'un service au public moyennant la perception de redevances ¹.

III. — *La concession de Service Public.*

De ces deux éléments, le premier devait décliner au profit du second, et la gestion du service prendre le pas sur l'exécution du travail public. L'évolution juridique de la notion de concession traduisait ici encore une évolution dans les faits. La concession de Service Public sous sa forme contemporaine devait naître sous l'influence de deux facteurs :

Le premier, nous l'avons déjà signalé, ce fut l'exploitation des réseaux de chemins de fer, dont l'organisation apparaissait comme le prototype de la concession de travaux publics traditionnelle. Les faits devaient démontrer, contre les affirmations des auteurs, que l'établissement de l'ouvrage n'est rien dans le temps à côté du fonctionnement du service ; aux quelques années de construction succédait une période indéterminée où l'exécution du service occupait le premier plan.

Ce fut ensuite le développement rapide, vers la fin du XIX^e siècle, des services municipaux de distribution, dans lesquels l'importance du travail à exécuter, limité à la pose de quelques canalisations dans le sous-sol de la voie publique, s'effaçait devant celle du service à fournir. En même temps

1. Cf. Christophle et Auger, *Traité des travaux publics*, t. II, p. 30 : « L'objet du contrat de concession étant la construction des ouvrages concédés, la nature et l'objet des obligations du concessionnaire sont indiqués par là même. Toutes les stipulations du Cahier des Charges convergent vers ce point et l'indiquent comme le but essentiel vers lequel le concessionnaire doit diriger incessamment ses efforts ».

Voir également la définition de Colson, *Abrégé*, 2^e éd., p. 24.

disparaissaient, avec le rachat des canaux et des ponts à péage, les concessions du type le plus ancien, dans lesquels la perception des redevances n'était plus justifiée par la rémunération d'un service.

C'est alors qu'apparaît dans la jurisprudence une notion toute nouvelle de la concession : la concession, mode de gestion d'un Service Public, ne comportant qu'accessoirement l'exécution d'un travail ou la construction d'un ouvrage (Conseil d'Etat, 4 mars 1910, *Thérond*, 16 décembre 1921, *Sasse*). La dénomination nouvelle de *concession de Service Public*, consacrée depuis longtemps par la loi¹, est adoptée par les auteurs.

Hauriou résume la situation en écrivant : « Le véritable nom des concessions qui nous occupent est concession de Service Public, et elles sont avant tout un moyen d'assurer un Service Public ». (Note au S., 1904-3-81, sous Conseil d'Etat, 14 février 1902, *Blanleuil et Vernaudeau*, c/ *Ville d'Angoulême*).

La concession de Service Public, sous sa forme actuelle, comportera donc deux éléments essentiels :

- 1^o la gestion d'un Service Public par un particulier,
- 2^o la rémunération du concessionnaire par la perception de redevances sur les usagers du service.

L'exécution d'un travail public, si travail public il y a, n'est plus qu'un accessoire de l'exploitation du service.

En résumé, la concession de Service Public, c'est « l'acte par lequel un particulier s'engage à assurer, à ses frais, risques et périls, le fonctionnement d'un Service Public moyennant une rémunération consistant normalement dans les profits qu'il tirera de l'exploitation du service, généralement des taxes qu'il reçoit l'autorisation de percevoir sur les usagers du service » (Blondeau, *La concession de Service Public*, p. 54).

1. Loi du 5 avril 1884, art. 115. Décret du 31 mai 1910, art. 3, § 1.

Section II

Domaine de la concession de Service Public

La notion moderne de la concession de Service Public est étroitement liée à celle du Service Public.

Elle s'est au contraire à peu près complètement détachée des notions de travail et de domaine publics.

Un rapide exposé des principales applications du régime de la concession à la gestion des Services Publics nous permettra de vérifier ces deux propositions.

§ 1. — *La concession de Service Public et le Service Public*

La notion de Service Public, pour essentielle qu'elle soit, est des plus confuses : il semble difficile d'en donner une définition satisfaisante et précise. Tout au plus peut-on dire que constitue un Service Public « toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale, et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante » (Duguit, *Droit constitutionnel*, t. II, p. 61). On discute d'ailleurs s'il faut placer le criterium du Service Public dans l'intention des gouvernants ou dans la nature même du service exploité : peu nous importe. Nous relevons seulement, comme constituant les deux éléments essentiels du Service Public :

une organisation destinée à pourvoir à un besoin collectif, et dont la création répond à une nécessité publique impérieuse ;

l'emploi, au service de cette organisation, de prérogatives et de moyens de contrainte relevant de la puissance publique.

Ces quelques idées directrices, que nous n'avons pas le loisir de développer ni de discuter, vont nous permettre de délimiter le domaine de la concession de Service Public.

1. — *Il n'y a pas de concession de Service Public sans Service Public.*

Cette proposition, qui semble être une tautologie, soulève dans l'application de sérieuses difficultés : par suite d'une regrettable confusion dans la terminologie administrative, certaines opérations sont qualifiées de concessions de Services Publics bien que l'exploitation assurée par le concessionnaire semble difficilement assimilable à un Service Public. La difficulté sera tranchée par l'application du double criterium du Service Public : le but d'utilité publique, l'emploi des moyens de gestion publique.

1° *Le but d'utilité publique.* — On a maintes fois discuté la nature des concessions d'entreprises de spectacles et d'établissements balnéaires et thermaux. A celles-ci la jurisprudence reconnaît le caractère de concessions de Service Public, en raison de l'intérêt de leur exploitation à l'égard de l'hygiène publique (Toulouse, 19 février 1919, *Société thermale des Pyrénées*, S., 1922-2-89, note Mestre). L'utilité publique des entreprises de spectacles est beaucoup plus douteuse, le Conseil d'Etat ne l'a pas reconnue immédiatement (Conseil d'Etat, 7 avril 1916, *Astruc*, p. 164)¹; puis, par un revirement extensif de la notion d'intérêt général, la jurisprudence a décidé que l'exploitation du théâtre de l'Opéra-Comique constituait une concession de Service Public (Conseil d'Etat, 27 juillet 1923, *Gheusi*, R.D.P., 1923, p. 560).

Très discutable est la nature juridique des concessions de mines : la question, vivement débattue en doctrine, n'a pas été tranchée par la jurisprudence. La nouvelle législation soumet le concessionnaire de mine à un régime nettement administratif; en contre-partie de sujétions nombreuses, il met à sa disposition d'importantes prérogatives. Est-ce l'indice d'un remarquable élargissement de la notion de Service Public, qui absorberait les entreprises d'utilité sociale et l'exploitation des richesses collectives? Telle

1. Voir les conclusions du commissaire du gouvernement Corneille, et les notes des Professeurs Hauriou au S., 1916-3-41 et Jèze, R. D. P. 1916, p. 363.

est l'opinion du professeur Appeleton, qui n'hésite pas à soutenir que « la loi de 1919 a eu pour résultat de faire de l'exploitation des mines un véritable Service Public »¹.

Nous hésitons à considérer cette conception socialisante comme l'expression du droit positif.

2° *Les moyens de gestion publique.* — Une exploitation n'a le caractère d'un Service Public que si elle met en œuvre les pouvoirs de contrainte qui sont la prérogative de l'autorité publique². Une très récente jurisprudence s'attache à distinguer des services publics, par l'application de ce criterium, les services privés de caractère industriel ou commercial³.

La situation des concessions de bacs et passages d'eau, qui a donné lieu à des revirements jurisprudentiels nombreux, ne semble pas encore très nettement fixée. L'arrêt célèbre du Tribunal des Conflits du 12 janvier 1921 (*Société commerciale de l'Ouest africain*) proclame le caractère privé de l'exploitation d'un bac concédée par une colonie : cette solution sera-t-elle étendue aux bacs concédés par l'Etat ? il semble que le monopole de l'Etat sur l'exploitation des bacs constitue une prérogative assez nette pour en faire un Service Public.

Les concessions de distribution d'énergie électrique des lois du 15 juin 1906 et du 27 février 1925 sont-elles des concessions de Services Publics ? Pour les concessions déclarées d'utilité publique, ce n'est guère douteux. La situation des concessions simples est au contraire discutable : M. Jèze les considère comme des entreprises privées réglementées ; l'existence d'un Cahier des Charges et d'un tarif maximum ne suffirait pas à les transformer en Services

1. *Traité élémentaire de contentieux administratif*, p. 176. Voir également Redeuilh, *La concession de Service Public*, thèse Bordeaux, 1925, et Hauriou, note au S., 1928-3-17, sous Conseil d'Etat, 25 novembre 1927, *Arbel*.

2. Sur le caractère de Service Public, grâce à l'intervention des prérogatives de la puissance publique, du service de ravitaillement pendant la guerre et du service de contrôle du blé, voir : Bosc, R.D.P. 1925, p. 638. — Conseil d'Etat, 28 décembre 1925, *Perret*. — 29 mai 1925, *Décatoire et Société des moulins brestois*. D., 1926-3-21, note Leblanc.

3. Conseil d'Etat, 4 décembre 1931, *Dlle Dumy* et 29 janvier 1932, *Kuhn*, S., 1932-3-97 note Delvolé.

Publics. En faveur de l'opinion contraire, on invoque le droit d'occupation temporaire que la loi reconnaît au concessionnaire simple, le pouvoir de contrôle de l'administration sur l'organisation de l'exploitation et le caractère juridique des taxes perçues sur les usagers¹.

II. — *La concession n'est pas le seul mode d'exploitation des Services Publics ; nous préciserons, des Services Publics de caractère industriel et commercial.*

Laissons de côté l'exploitation des Services Publics en régie directe ou intéressée : nous voulons seulement souligner que la gestion des services industriels et commerciaux peut être assurée par des procédés voisins mais différents de la concession.

1^o Les entrepreneurs de distributions d'énergie électrique peuvent-ils, sans être concessionnaires du service, demander aux autorités municipales des permissions de voirie pour la pose des canalisations dans le sous-sol des voies publiques, afin d'exploiter librement ? En principe non : la circulaire des Ministères des Travaux Publics et de l'Intérieur du 15 août 1893 soumet les distributions publiques au régime de la concession, avec Cahier des Charges et tarif maximum. Mais cette règle reçoit une brèche importante avec les lois du 15 juin 1906 et du 27 février 1925, qui prévoient l'exploitation sous le régime de la permission de voirie des distributions d'énergie électrique. La loi de 1906 laissait au permissionnaire une autonomie difficilement compatible avec le caractère d'intérêt public de l'exploitation : la nouvelle législation, en soumettant ces entreprises à un régime nettement administratif, en fait de véritables Services Publics exploités par un procédé voisin, mais différent de la concession².

2^o Des entreprises privées non concédées, et fonctionnant

1. Jèze, *Contrats administratifs*. t. I, p. 119 et suiv. Contra : Blaevoet, *Modifications au régime des distributions d'énergie électrique*. R.D.P. 1926, p. 53 et suiv. ; Mestre, note au S., 1924-1-289 ; de la Tasse, *Réglementation des distributions d'énergie électrique*. Revue des concessions, 1907, p. 337.

2. Voir Mestre, note au S., 1917-2-105 ; *Propriétaires et Compagnies de distribution d'énergie électrique*, p. 5-6 ; Remaury, *Permission de voirie et concessions*, Revue des concessions, 1927, p. 5.

sans emprise sur le domaine public, peuvent-elles être organisées en Services Publics ? La question présente un grand intérêt pratique pour les services de transports automobiles : elle a fait l'objet, au cours de ces dernières années, d'une abondante jurisprudence.

L'exploitant d'un service régulier de transports automobiles, contre l'intervention de l'autorité administrative, pourrait songer à invoquer le principe de la liberté du commerce et de l'industrie : mais l'intérêt public souffrirait d'un régime d'absolue liberté : « un service régulier de transports terrestres ne peut fonctionner que sous un régime de Service Public, c'est-à-dire sous l'autorité et pour le compte d'une collectivité administrative »¹.

Or, la gestion du service n'est pas nécessairement organisée en régie ou en concession : l'Administration, par l'usage de ses pouvoirs de police de la circulation et du domaine, peut soumettre les entreprises de transports automobiles à un régime de simple autorisation ; l'exploitation étant soumise à l'agrément de l'autorité compétente, celle-ci en subordonnera l'octroi à des conditions relatives à la bonne gestion du service ; l'autorisation n'est plus un acte de police, mais un moyen d'organiser un service public².

Ainsi fonctionneront, à côté des services concédés, certains Services Publics simplement autorisés.

§ 2. — *La concession de Service Public, le travail public et le domaine public*

Nous savons que la concession de Service Public comportant la gestion d'un service sans exécution d'un travail ni emprise sur le domaine public est d'origine assez récente.

Pendant tout le XIX^e siècle prédomine la conception

1. P. Laroque, note au S., 1933-3-41, sous Conseil d'Etat, 13 janvier 1933 *Mironnau*.

2. Conseil d'Etat, 5 juin 1931, *Rolquin et autres*, S., 1932-3-69 ; 29 janvier 1932, *Autobus antibois*, S., 1932-3-65, note P. Laroque, D., 1932-3-60, note Blaevoet et conclusions du commissaire du gouvernement Latournerie ; 13 janvier 1933, *Mironneau* ; 16 juin 1933, *Ramel* et 23 juin 1933, *Planche*, S., 1933-3-113, note P. Laroque, D. 1933-3-33, note P. Laroque J., conclusion du commissaire du gouvernement Rivet.

traditionnelle de la concession de travaux publics, qui englobe d'ailleurs, un grand nombre d'opérations : une notion très extensive du travail public, et la théorie célèbre du lien indivisible, devaient permettre à la jurisprudence de classer dans la catégorie des concessions de travaux publics certains contrats dont l'objet principal était en réalité la fourniture d'un service ; dès que l'opération se rattache à la construction ou à l'entretien d'un ouvrage, emporte une emprise, si réduite soit-elle sur le domaine, elle subit l'attraction de l'ouvrage public dont la forte individualité domine les rapports juridiques qui s'établissent à son occasion. Ainsi les marchés pour l'éclairage au gaz, pour le balayage de la voie publique, les entreprises de pompes funèbres et les entreprises de travail dans les prisons, sont artificiellement rattachés aux travaux publics : ce qui permettait, avant que le partage des contentieux ne fut encore bien établi, de soumettre ces opérations à la compétence administrative par détermination de la loi (loi du 28 pluviôse VIII, art. 4) : ce qui permettait aussi à la puissance publique d'intervenir, avant que la notion de Service Public ne fut bien dégagée, dans l'exploitation d'entreprises privées mais d'intérêt public, par l'intermédiaire de l'opération de travail public réalisée dans leur fonctionnement.

Sous la pression des faits se sont brisés les cadres étroits des vieilles classifications : le développement des Services Publics de transports automobiles, maritimes, aériens, exploités par des compagnies privées, contribuant à la détacher de l'idée de travail public, la concession de Service Public a réalisé son autonomie.

La réciproque est-elle vraie : y a-t-il des concessions sur le domaine et des concessions de travaux publics sans Service Public ?

1^o Pour certains auteurs, la concession sur le domaine se distingue de la permission de voirie par son affectation à une entreprise d'utilité publique, alors que le permissionnaire occuperait le domaine dans son seul intérêt ¹. Dans

1. Hauriou, *Droit administratif*, p. 780 ; Regray, *Des faits de jouissance privative dont le domaine public est susceptible*, p. 118-121.

cette conception, toute concession sur le domaine comporterait la gestion d'un Service Public.

Cette théorie est en contradiction manifeste avec les faits : les concessions pour établissement de pêcheries sur le rivage de la mer, les concessions de prise d'eau sur les rivières navigables et flottables, les concessions dans les cimetières, constituent de toute évidence des occupations du domaine public dans l'intérêt privé du concessionnaire. Cette terminologie peut sans doute entraîner de regrettables confusions : mieux vaudrait qualifier les occupations de cette nature de permissions ou d'autorisations sur le domaine. Toujours est-il qu'une concession sur le domaine n'implique pas nécessairement l'exploitation d'un Service Public¹.

2° Y a-t-il des concessions de travaux publics sans Service Public ?

La question s'est posée à la suite du problème très délicat de la nature juridique des concessions de forces hydrauliques.

Les travaux d'aménagement des chutes d'eau sont-ils des travaux publics ? Le Conseil d'Etat a répondu par l'affirmative dans le célèbre arrêt du 22 juin 1928, *Epoux de Sigalas c/ Commune du Palais*². Cette solution tendrait à assimiler la concession de force hydraulique à la concession de travaux publics. Est-ce aussi une concession de Service Public ? Où est le service exploité ? On relève, dans les concessions antérieures à la loi du 9 octobre 1919, du type Beaumont-Monteux, la constitution d'un Service Public de distribution d'énergie, et dans toutes les concessions l'existence d'un Cahier des Charges prévoyant l'exécution de travaux devant faire retour à l'administration, de sujétions au profit des Services Publics, de tarifs maxima pour la vente au public de l'énergie produite ; mais surtout on invoque l'esprit de la loi : le législateur de 1919 semble

1. Jèze, *Contrats administratifs*, t. I, p. 115 et suiv. Cf. Troabas, *De l'utilisation du domaine public par les particuliers*, p. 124. Sur l'amphibologie du terme de concession, voir Conseil d'Etat, 16 novembre 1900, *Leboucher*, p. 626 qui parle d'une concession d'une ligne téléphonique privée.

2. S., 1928-3-113, note Hauriou, D., 1928-3-49, note Pépy.

avoir été guidé par l'idée que l'aménagement des forces hydrauliques constituait une entreprise d'utilité publique, que l'exploitation des richesses des cours d'eau était un véritable Service Public, dont l'autorité publique concéderait la gestion à charge de pourvoir aux besoins de la collectivité¹.

Section III

La structure juridique de la concession de Service Public

Ces quelques considérations préliminaires nous ont amené à tracer en quelques traits la physionomie générale de la concession de Service Public, puis à en délimiter le domaine. Nous entrons maintenant dans le vif du problème. La nature juridique de la concession de Service Public est une des questions les plus controversées du droit administratif ; les idées ont varié, en même temps qu'évoluait l'institution et que se transformaient les principes dominants du droit public. Après un bref exposé de cette évolution combinée, nous verrons si les solutions actuellement proposées peuvent nous satisfaire.

§ 1. — *Les conceptions anciennes*

I

Remontons d'un demi-siècle en arrière, alors que se construit en doctrine la théorie de la concession de travaux publics traditionnelle. Le droit administratif est alors dominé par ces quelques principes :

1° La notion de puissance publique, ensemble des droits subjectifs de l'Etat personne morale, est le pivot du droit public.

1. Voir en ce sens : Blaevoet, *Nature des concessions d'entreprises hydrauliques*, Revue des concessions, 1927, p. 33. Notes des professeurs Mestre au S., 1924-1-241 sous Cass. 12 juillet 1922, *Commune de Gardeilhan et Pépy*, au D., 1926-3-65, sous Conseil d'Etat, 8 mai 1924, *Grands travaux de Marseille*, et 5 août 1925, *Energie électrique du littoral*.

2° Les actes administratifs se classent en deux catégories, répondant aux deux formes de l'activité gouvernementale : les actes d'autorité et les actes de gestion.

3° En l'absence d'un droit administratif autonome, de règles propres aux situations contractuelles du droit public, on tend à soumettre les rapports de gestion aux principes du droit privé des obligations.

C'est dans le cadre de ces principes que va s'élaborer la théorie juridique de la concession de travaux publics :

1° La concession s'analyse essentiellement en une délégation au profit d'un particulier des droits de la puissance publique à l'effet d'occuper le domaine, d'imposer aux particuliers les sujétions nécessaires à la construction de l'ouvrage, de percevoir des taxes sur les usagers du service ¹.

2° Simple variété du marché d'entreprise, la concession de travaux publics se classe tout naturellement dans la catégorie des actes de gestion : la délégation de l'imperium administratif suppose cependant une intervention de la puissance publique, qui imprime à l'opération un caractère nettement administratif. En définitive, la concession est un contrat administratif par nature, ressortissant de la compétence administrative ².

3° Son objet tout particulier imprime au contrat de concession une physionomie très spéciale ; il s'adapterait mal aux cadres du droit privé, les auteurs le reconnaissent ³ : dès lors, en l'absence d'une réglementation générale purement administrative, c'est d'après les dispositions intrinsèques du contrat, et elles seules, que seront solutionnées les difficultés pouvant naître de son exécution : c'est l'autonomie complète du Cahier des Charges.

1. Voir Batbie, *op. cit.*, t. VII, p. 243 ; Aucoc, *Conf.*, t. II, p. 429 ; Ducrocq *Cours de droit administratif*, t. II, p. 248 ; Béquet, *Rép.*, V. *Travaux publics*, n° 182. Cf. Colson, *Abrégé*, p. 24 : « Le concessionnaire exerce en quelque sorte une délégation de la puissance publique dont l'étendue et les limites sont définies par le Cahier des Charges de la concession, et que ce Cahier des Charges soumet au contrôle permanent de l'administration ».

2. Laferrière, *Jur. admin.* t. I, p. 605.

3. Aucoc, *Conf.*, t. II, p. 426 ; Christophle et Auger, *Traité des travaux publics*, t. II, p. 2-3.

II

Lorsque, dans la concession de travaux publics traditionnelle, la gestion du service tendit à prendre le pas sur la construction de l'ouvrage, l'analyse juridique s'adapta sans difficulté à la physionomie nouvelle de l'institution :

1^o La délégation des droits de la puissance publique dépasse dans son objet l'exécution du travail, elle s'étend à l'exploitation du service.

2^o Les rapports du concessionnaire et de l'Administration relatifs à l'exploitation du service sont essentiellement contractuels. L'acte générateur de la concession se décompose en une série d'actes juridiques différents en la forme : le Cahier des Charges, établi par les services compétents, le traité financier, les tarifs, l'acte unilatéral d'approbation. Il faut voir dans ces actes, outre l'organisation et la réglementation du service concédé, la détermination des obligations et des droits réciproques de l'Administration et du concessionnaire. L'assentiment donné par le concessionnaire aux conditions qui lui sont proposées communique à cet ensemble disparate, que nous appellerons en bloc l'acte de concession, un caractère nettement consensuel et contractuel¹.

3^o Pour résoudre les difficultés de l'analyse, on fait un large appel aux théories du droit privé : la répercussion sur le public usager du contrat intervenu entre le concessionnaire et l'Administration s'expliquera par l'existence d'une stipulation au profit des particuliers. L'exécution du contrat entre les parties se règle au contraire sur les dispositions intrinsèques du Cahier des Charges : sa nature très particulière l'isole du reste du monde juridique, le soustrait à l'application du droit commun des obligations. Nous verrons les répercussions sur le fonctionnement du service de ce principe fondamental de l'autonomie du Cahier des Charges.

Telle est, brièvement résumée, la théorie classique de la

1. Cf. Picard, *Traité des chemins de fer* t. II, p. 109-110 ; Colson, *Abrégé de la législation des chemins de fer*, p. 23.

concession de travaux publics, qui fut celle de Batbie, de Ducrocq, de Laferrière, de tous nos vieux auteurs : dans cette conception radicalement contractuelle, les parties discutent sur un pied d'égalité les conditions de la gestion du service ; le contrat de concession, qui fait du service la « chose » du concessionnaire, le soustrait au rythme de la vie administrative ; le concessionnaire exploite le service dans son intérêt et comme il l'entend, sous réserve des charges définitivement arrêtées et librement acceptées à la signature du contrat.

III

Nous avons précédemment signalé les travaux entrepris vers la fin du siècle dernier pour construire une théorie générale des concessions administratives : ces recherches devaient amener leurs auteurs à reprendre sur de nouvelles bases l'analyse juridique de la concession de travaux publics ; la théorie contractuelle, qui semblait bien assise, subit un premier choc.

Il n'entre pas dans le cadre de cette étude de donner un exposé détaillé de ces doctrines d'origine d'ailleurs étrangère. Nous rappellerons seulement que les publicistes allemands inclinent à considérer la concession administrative en général comme un acte unilatéral. La doctrine italienne se trouve partagée : l'opinion dominante, avec Mantellini et Giorgi, distinguant entre la concession-licence, acte unilatéral, et la concession-contrat, alors que Ranelletti, se rapprochant de l'école allemande, analyse la concession comme la réunion de deux actes unilatéraux, l'un de droit public, l'autre de droit privé¹.

L'influence de ces théories sur la doctrine française fut à peu près nulle. Lorsqu'à leur tour, en France, Guillaouard, Pilon, tenteront de construire la théorie générale de la concession administrative, ils respecteront la notion traditionnelle de la concession-contrat. Une tentative de

1. Pour l'exposé de ces théories, voir : Guillaouard, *Notion générales des autorisations et concessions administratives* ; Pilon, *Monopoles communaux* p. 65 et suiv ; Otto Mayer, *Droit administratif allemand*, t. IV, p. 161.

cette nature ne pouvait aboutir qu'à des solutions trop générales et abstraites pour menacer sérieusement une conception assise sur une forte tradition.

La conception contractuelle devait cependant succomber : mais le choc qui l'ébranla partit des assises même du droit administratif.

§ 2. — *La doctrine moderne*

I

En même temps que se formait la notion nouvelle de la concession, mode de gestion d'un Service Public, les principes fondamentaux du droit administratif évoluaient parallèlement. Cette lente transformation du milieu juridique, grossièrement schématisée, se résume en trois points :

1^o L'idée de Service Public prend une importance croissante ; le Service Public apparaît de plus en plus comme la fin justificative de l'autorité gouvernementale, et l'intérêt du service comme le principe régulateur de l'activité administrative¹.

2^o Le droit administratif s'est étoffé : autour de l'idée de Service Public s'est cristallisé un système cohérent de règles juridiques. La jurisprudence du Conseil d'Etat, favorisée par la séparation des contentieux, a rompu hardiment les attaches avec le droit privé, et construit pièce par pièce un corps de doctrine autonome qui dominera seul les situations juridiques de la vie administrative.

3^o L'ancienne théorie des actes de puissance publique et de gestion a fait place à de nouvelles classifications. M. Duguit et son école construisent une théorie des actes juridiques absolument nouvelle, qui bouleverse les anciens cadres et présente les problèmes sous des angles nouveaux. La double classification des actes juridiques, d'après la situation juridique consécutive à l'acte, et d'après le nom-

1. Jèze, R.D.P. 1914, p. 318 : « Aux dogmes périmés, la jurisprudence du Conseil d'Etat a substitué la notion fondamentale essentielle aujourd'hui du service public. Les théoriciens s'attachent à édifier tout le droit public moderne sur cette notion ». Voir également Jèze, *Le service public*, Revista de drept public, 1926, p. 161.

bre et le caractère des volontés créatrices de l'acte, est aujourd'hui classique, et trop universellement connue pour que nous en donnions un exposé même très rapide : nous aurons d'ailleurs maintes occasions de nous y référer ¹.

II

L'évolution contemporaine de la notion de concession, d'une part, le remaniement des bases fondamentales du droit public, d'autre part, appelaient une révision de l'analyse juridique de la concession de service public. Une conception absolument nouvelle s'élabore dans la doctrine, puis s'infiltre dans la jurisprudence :

1° En son essence, la concession s'analyse comme la délégation, non plus d'un pouvoir, mais d'une fonction : la substitution du concessionnaire à l'administration se manifeste, non seulement dans l'exercice des droits de la puissance publique, mais encore et surtout dans la gestion d'un service ; le concessionnaire décharge l'Administration de l'exploitation d'un service public qui ressortirait de sa compétence ².

2° La concession de Service Public, mode de gestion d'un Service Public, donc opération hautement administrative, échappe entièrement à l'emprise des règles du droit privé ; les dispositions intrinsèques du Cahier des Charges peuvent être, d'autre part, insuffisantes à régler les difficultés soulevées par l'exécution du service. Limité de ces deux côtés, le droit de la concession va se développer sur le terrain neuf du droit administratif. La doctrine va extraire des décisions jurisprudentielles un système cohérent de règles juridiques qui domineront l'organisation et le fonctionnement des services concédés ³.

1. Voir Jèze, *Principes généraux de droit administratif*, 3^e édit., t. I, p. 1039 ; Duguit, *Dr. constitutionnel*, t. I, p. 307 et ss., 327-29 et 369 ; Bonnard, *Notions générales sur les attributions et les fonctions de l'Etat*, R.D.P. 1925, p. 5.

2. Cf. Otto Mayer, *op. cit.*, t. IV, p. 153-4 : « La concession est un acte par lequel pouvoir est donné à un individu sur une portion d'administration publique... Elle confère au concessionnaire un pouvoir d'agir dérivé de l'Etat ».

3. L'indépendance de la concession de Service Public à l'égard des règles du droit privé découle bien de la nature même de l'institution. Nous en

3° Dès lors, le problème de la nature juridique de concession de Service Public se présente sous un aspect nouveau : la conception contractuelle de nos anciens auteurs semble ne plus répondre à la notion moderne de la concession, mode de gestion d'un Service Public.

C'est là le point essentiel, sur lequel nous devons insister.

La théorie traditionnelle était un peu simpliste : c'est sans doute Hauriou qui eut le mérite de souligner le premier le caractère complexe de l'opération ; l'acte de concession, sous une apparente unité, contient en réalité deux éléments bien distincts : l'institution d'un Service Public, et la création de rapports financiers entre le concessionnaire et l'Administration concédante¹.

Pour Hauriou, ces deux éléments sont d'ailleurs de nature contractuelle : la théorie de la concession s'incorpore dans la théorie générale de la gestion administrative.

Quelques années plus tard, Duguit reprend l'analyse, dans le cadre de la théorie générale des actes juridiques. L'acte de concession est-il un contrat ? — Le contrat, pour Duguit, est essentiellement un accord de volontés, créateur d'une situation juridique individuelle et subjective ; d'autre part, si les deux volontés s'accordent, « il y a de la part de chaque contractant deux actes de volonté tout à fait distincts, ayant chacun son objet et son but »². Dans la concession, rien de tel : l'acte dans lequel se trouve organisé et réglementé le service concédé est, comme tout acte organisant et réglementant un Service Public, une loi matérielle ; plus précisément, c'est une loi constructive, simple mise en œuvre de l'obligation qui incombe aux pouvoirs publics de pourvoir à la bonne gestion des Services Publics ; il réunit les caractères de généralité, de mutabilité, d'impé-

trouvons une intéressante application dans le jugement du Tribunal Mixte d'Alexandrie du 29 décembre 1928, *Alexandria-Ramleh Railway c/ Municipalité d'Alexandrie* (R.D.P. 1929, p. 127). « Il est absurde, déclare cette juridiction, de vouloir forcer le rapport juridique né de la concession dans le cadre d'un simple et commun rapport de droit privé d'obligation » ; d'où on ne saurait soumettre la cession d'une concession aux règles de la cession des obligations de droit civil. — Confirmation par la Cour d'Alexandrie le 6 juin 1929 (*ibid.*, p. 645).

1. Note précitée sous Conseil d'Etat, 14 février 1902, au S., 1904-3-81.

2. *Droit constitutionnel*, t. I, p. 385.

rativité, propres à l'acte réglementaire. Le mode de gestion du service n'en modifie pas la nature : le service concédé reste un Service Public. L'acte de concession, le Cahier des Charges, les tarifs, tous ces actes qui organisent le statut objectif du service, sont de nature réglementaire.

Sans doute est-il intervenu une convention entre l'Administration concédante et le concessionnaire : mais tout accord de volontés n'est pas un contrat ; de la convention contrat, génératrice d'une situation juridique subjective, on distingue désormais la convention-loi ou acte-union, créatrice d'une règle juridique objective. C'est dans cette catégorie que se classe l'acte organisant la service concédé.

Il y a d'ailleurs dans l'acte de concession, à côté des dispositions réglementaires, d'autres clauses qui n'ont aucun rapport direct avec le fonctionnement du service, qui concernent uniquement les rapports personnels de l'Administration concédante et du concessionnaire : ce sont les dispositions relatives à l'exécution des travaux, à la durée de la concession, au rachat, surtout, ce sont les clauses financières prévoyant des subventions, garanties d'intérêt et partages de bénéfices : elles sont de nature évidemment contractuelle.

La concession de Service Public est donc un acte complexe, comportant la réunion de deux éléments hétérogènes : principalement, de clauses réglementaires organisant le service, accessoirement, de clauses contractuelles réglant les rapports financiers des parties¹.

Cette conception transforme entièrement l'aspect général de la concession de Service Public : elle conduit tout droit à l'intégration du service concédé dans l'organisation administrative ; la concession, procédé technique de gestion, forme de décentralisation, n'altère pas la nature juridique du service ni les principes de son organisation et de son fonctionnement. Le concessionnaire de son côté, soumis à

1. Voir en particulier : Duguit, *Droit constitutionnel*, t. I, p. 420, t. III, p. 446 et suiv ; *Transformations du droit privé*, p. 127 et suiv ; *Transformations du droit public*, p. 133 et suiv ; *Situation des particuliers vis-à-vis des Services Publics.*, R.D.P., 1907, p. 411 ; Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, t. p. 61, t. II, p. 66 et 272 ; *Nature juridique de la concession de Service Public*, R.D.P. 1910, p. 270.

la règle objective du service, sauf la réserve des droits contractuels découlant des dispositions qui lui sont annexées, se voit déchoir au rang de simple régisseur¹.

§ 3. — *Données essentielles et position du problème*

I

Les vues pénétrantes de Duguít semblent éclairer d'une façon décisive la structure juridique de la concession de Service Public. Simple et logique, sa théorie a séduit de nombreux esprits. Elle semble pourtant en défaveur dans la doctrine la plus récente : en fait, les auteurs des travaux les plus remarquables consacrés au cours de ces dernières années à l'étude de la concession de Service Public ont dû en relever l'insuffisance².

Au premier abord, la méthode de la nouvelle école soulève quelque défiance. Chez Duguít comme chez ses disciples, la théorie de la concession de Service Public se présente dans le cadre d'une classification générale des actes juridiques ; la conception nouvelle se trouve fondée beaucoup moins sur l'observation de règles juridiques positives que sur une analyse purement abstraite de la concession et de l'acte de concession. Le défaut initial du système réside ainsi dans son a-priorisme.

Aussi bien la confrontation de la théorie avec la jurisprudence devait-elle lui amener certains déboires : sans doute ses défenseurs invoquent-ils un impressionnant faisceau de décisions jurisprudentielles dont l'interprétation semble la confirmer ; mais la jurisprudence dans son ensemble lui est nettement défavorable, et le Conseil d'Etat semble toujours considérer l'acte de concession comme un bloc contractuel. Sans doute on qualifie la jurisprudence

1. Cf. Otto Mayer, *Droit administratif allemand*, t. IV, p. 154, qui rapproche la situation du concessionnaire de celle d'un « corps d'administration propre », c'est-à-dire d'une administration décentralisée. Duguít présente également la concession comme une forme de la décentralisation (*Droit constitutionnel*, t. II, p. 66).

2. Voir en particulier Lucien Jansse, *Evolution de la notion de concession en matière de chemins de fer*, p. 33 et suiv ; Blondeau, *La concession de Service Public*, p. 160 et suiv. ; Laroque, *Les usagers des Services Publics industriels*, p. 28.

d'incohérente et de contradictoire : c'est une issue commode, mais esquiver la difficulté n'est pas la supprimer.

Si la théorie semble ainsi contredite par les faits, c'est parce que son auteur, noyé dans l'abstraction de son analyse, n'a peut-être pas saisi l'entière complexité du problème ; parce que son attention, fixée sur un aspect de la situation, en laisse échapper l'autre face.

Et pourtant, la théorie de Duguit marque un immense progrès. Personne ne songe à ressusciter la conception périmée de nos anciens auteurs : la complexité de la concession de Service Public, idée maîtresse de Duguit, est un point de départ solide. C'est en poussant ce principe jusqu'au bout de ses conséquences que nous espérons rétablir l'accord avec les faits.

II

Nous chercherons, non plus dans une déduction abstraite, mais dans l'étude des règles positives, les éléments d'une théorie d'ensemble de la concession de Service Public ; nous verrons si la jurisprudence mérite le grief d'incohérence, s'il est au contraire possible de découvrir, entre des solutions apparemment contradictoires, une harmonie réelle, et de grouper ces solutions autour de quelques principes solides.

Mais au préalable, il est nécessaire de préciser les données du problème.

La concession de Service Public réalise une situation extrêmement complexe, par la réunion de deux éléments contradictoires ; elle se présente sous deux faces, dont l'une ou l'autre ont été méconnues dans les théories précédemment exposées.

1° L'acte de concession réunit les éléments de forme et de fond du contrat, c'est ce que Duguit a le tort de contester. Il explique fort bien la forme consensuelle par la notion de la convention-loi ; mais le contenu de l'acte résiste à cette assimilation. Comment peut-on soutenir que l'Administration et le concessionnaire poursuivent le même but, alors que l'un recherche dans l'intérêt du public la meilleure exécution du service aux conditions les plus avantageuses, et l'autre dans son intérêt personnel une exploitation lucra-

tive ? on oublie que le concessionnaire n'est pas un fonctionnaire désintéressé, mais un industriel qui poursuit un bénéfice pécuniaire. Le Cahier des Charges, dans lequel le concessionnaire prend des engagements relatifs à la gestion du service contre la promesse de certains avantages, établit à ce point de vue entre les parties des relations d'ordre contractuel qui dépassent largement la portée des « clauses contractuelles » de Duguît ¹.

La concession de Service Public apparaît sous cet angle comme l'exploitation privée d'une entreprise d'intérêt public, dans les conditions incommutables fixées par les parties contractantes.

2^o Le concessionnaire, d'autre part, est investi de la gestion d'un Service Public : car le service concédé est et reste un Service Public. C'est le point de vue qui avait échappé aux auteurs de la théorie contractuelle. Le fonctionnement des Services Publics obéit à des règles particulières, le lien contractuel devra fléchir devant ces règles. Le concessionnaire supplée l'Administration dans l'exercice d'une fraction de sa compétence ; il se soumet à la norme de l'activité administrative, car le service concédé est un rouage du vaste mécanisme administratif.

Le Contrat, le Service Public : tels sont les deux éléments irréductibles dont une analyse impartiale révèle la coexistence dans la concession de Service Public ; et pourtant, ne conduisent-ils pas à des conséquences apparemment contradictoires ? Tout le problème de la structure juridique de la concession de Service Public se ramène à l'agencement de ces deux éléments.

Ici, nous nous tournons tout naturellement vers la notion si importante en droit public moderne du contrat administratif. Le marché de fournitures, le contrat d'entreprise, comportent la prestation de choses ou de services nécessaires au fonctionnement des Services Publics. La participation plus ou moins accentuée du cocontractant, la collaboration d'un particulier à la gestion d'un Service Public, constituent précisément le trait d'union entre la concession et le contrat administratif ; dans l'un et l'autre,

1. Cf. Blondeau, *op. cit.*, p. 158.

l'idée du Service Public domine l'opération. Mais ce qui marque la concession de Service Public d'un caractère tout particulier dans l'ensemble des contrats administratifs, c'est que la collaboration du contractant s'étend à la gestion même du service; et c'est toute la question, de savoir comment la gestion du service s'accomode de cette origine contractuelle.

III

C'est sur ces données que nous aborderons l'étude du service concédé sous ses différents aspects et que nous chercherons à pénétrer, à travers les règles positives qui dominent l'organisation et le fonctionnement du service, la structure juridique de l'institution.

Procédant par ordre de complexité croissante, nous trouvons en premier lieu les règles de l'exécution du service. La gestion du service constitue l'objet du contrat de concession, dont l'exécution est dominée par les nécessités du service. Nous restons dans le cadre de la théorie du contrat administratif, marqué par la coexistence du lien contractuel, qui est le moyen, et du Service Public, qui est le but.

Serrant le problème de plus près, nous arriverons à l'étude de l'organisation du service sous son double aspect, technique et financier: d'une part, la réglementation du service, d'autre part, l'agencement financier de l'exploitation. A ces deux points de vue nous devons déterminer les droits et les obligations réciproques de l'Administration concédante et du concessionnaire, leur étendue, leurs modalités, enfin leur nature juridique. Nous touchons au point névralgique où s'affrontent les deux forces contradictoires du Service Public et du lien contractuel. Nous verrons si, loin de s'exclure, ces deux notions ne peuvent s'agencer harmonieusement et se compléter.

Nous aurons enfin à envisager le fonctionnement du service sous un dernier aspect: dans ses rapports avec le public. L'étude de la prestation du service aux usagers complètera utilement la théorie d'ensemble de la concession de Service Public.

Première Partie

L'exécution du service

L'acte générateur de la concession détermine les conditions d'organisation et de fonctionnement du service institué : le Cahier des Charges d'une concession de chemins de fer ou de tramways fixe les horaires, les services des trains, les mesures exigées pour la commodité des voyageurs et la sécurité du trafic, les tarifs qui seront perçus sur les usagers. C'est dans le cadre ainsi défini que le concessionnaire s'engage à faire fonctionner le service. Quelle est l'exacte portée de ses obligations ? Par quelles sanctions leur exécution est-elle garantie ? Tel sera l'objet des deux chapitres qui vont suivre.

La jurisprudence que nous allons rapidement exposer prend appui sur la théorie générale des contrats administratifs : mais si la gestion du service est considérée comme l'exécution d'une obligation contractuelle, l'idée de Service Public domine l'opération. Ainsi, les règles objectives du droit de la concession débordent du cadre étroit des stipulations conventionnelles ; et nous verrons comment l'ancien principe de l'autonomie du Cahier des Charges est aujourd'hui dépassé par les faits. L'analyse de la concession de Service Public envisagée sous ce premier aspect nous montrera l'oscillation de la jurisprudence entre ces deux notions : le contrat, dont découle l'obligation du concessionnaire ; le Service Public, qui marque de son empreinte l'exécution de l'obligation ; elle ne révèle encore entre ces deux notions aucun antagonisme irréductible.

CHAPITRE PREMIER

LES REGLES DE L'EXÉCUTION DU SERVICE

Le Service Public est une organisation destinée à pourvoir, par l'usage éventuel des prérogatives de la puissance publique, à la satisfaction d'un besoin collectif. C'est pour en assurer l'exécution régulière, dont toute perturbation menacerait gravement l'équilibre social, que les agents publics disposent de pouvoirs exorbitants du droit commun. Le principe de la continuité des Services Publics est affirmé par la doctrine et consacré par une jurisprudence constante comme l'un des piliers du droit public moderne¹.

Le régime juridique des contrats que l'Administration passe avec les particuliers en vue du fonctionnement des Services Publics, est dominé par la nécessité de l'exécution régulière et continue du service : « Celui qui conclut un contrat administratif prend l'engagement, non seulement de ne pas gêner le fonctionnement du Service Public, mais encore de le faciliter... La notion de Service Public entraîne l'obligation, pour celui qui s'engage par un contrat administratif, à faire passer le fonctionnement du Service Public

1. Voir en particulier : Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, t. II, ch. II ; *Les éléments du Service Public*, R.D.P. 1913, p. 503 ; *Le service public*. *Revista de drept public*, 1926, p. 161 ; Duguit, *Droit constitutionnel*, t. II, p. 61 ; *Transformations du droit public*, p. 51 ; Chardon, *Le pouvoir administratif*, p. 135 et 205 ; Hauriou, note au S., 1901-3-145. Voir également Conseil d'Etat 7 août 1909, *Winkel et Risier*, S., 1909-3-145, conclusions du commissaire du gouvernement Tardieu qui affirme que « continuité est de l'essence des Services Publics », et 18 juillet 1913, *Syndicat national des chemins de fer*, p. 875, conclusions du commissaire du gouvernement Helbronner.

avant ses intérêts propres, sauf indemnité »¹. En un mot, l'étendue de l'obligation se mesure, moins d'après l'intention présumée du cocontractant que d'après les exigences du service.

Les principes généraux du droit des contrats subissent donc, dans la sphère administrative, l'empreinte puissante de l'idée du Service Public : le droit commun des obligations postule en effet l'égalité des parties au contrat ; le droit public fait plier l'intérêt particulier du contractant devant les nécessités impératives de la vie publique².

La soumission du cocontractant au régime du droit public varie d'ailleurs suivant que sa participation au service est plus ou moins étroite. Cette conception de la collaboration croissante à la gestion du service a été résumée en des termes célèbres par le commissaire du gouvernement M. Corneille : « En ce qui concerne les marchés afférents à des Services Publics, il y a une distinction primordiale à établir, il y a une gradation que vous avez établie suivant que l'entrepreneur, le fournisseur, collabore plus ou moins directement au Service Public. A ce point de vue, on remarque tout en haut de l'échelle la concession, c'est-à-dire la convention par laquelle un particulier ou une société s'engage, moyennant rémunération par les usagers, à faire fonctionner le Service Public tout comme le ferait l'Administration elle-même ; il y a en situation intermédiaire le marché de fournitures à longue durée et à fournitures continues et multiples, et, en bas de l'échelle, le simple marché de fourniture isolée, unique, qui se rapproche si bien parfois du contrat privé que vous le déclarez en dehors de la compétence du juge administratif »³.

La concession de Service Public se trouve donc au sommet de la hiérarchie des contrats administratifs ; elle réalise la participation la plus accentuée à la gestion d'un service.

1. Jèze, *Contrats administratifs*, t. I, p. 8.

2. Cf. conclusions des commissaires du gouvernement Chardenet, sous Conseil d'Etat, 30 mars 1916, *Gaz de Bordeaux*, et Corneille, sous Conseil d'Etat, 8 février 1918, *Société d'éclairage de Poissy*, p. 120.

3. Conclusions sous Conseil d'Etat, 3 décembre 1920, *Fromassol*, p. 1036 ; Cf. Jèze, *Le régime juridique des marchés de Services Publics*, R.D.P. 1918, p. 219.

La situation du concessionnaire, sur qui pèse tout le poids de l'exécution du service, toute la responsabilité de sa gestion, étant profondément imprégnée par les règles spéciales du droit public, sera dominée par ces deux grands principes :

1° le concessionnaire doit toute son activité à l'exécution du service qui lui est confié,

2° l'exécution du service s'effectue sous le contrôle de l'Administration concédante.

§ 1. — *De l'étendue des obligations du concessionnaire*

1° *Le concessionnaire doit assurer lui-même et personnellement l'exécution du Service.*

C'est un principe bien établi, consacré par une jurisprudence constante, que le concessionnaire ne peut, sans l'agrément de l'Administration concédante, transmettre à un tiers l'exploitation du Service à lui confié¹.

Le principe de cette règle est commun aux contrats administratifs d'entreprise, de concession de travaux et de Services Publics ; mais son application est particulièrement rigoureuse pour la concession de Service Public. L'autorité administrative conserve en effet un droit de regard sur le fonctionnement du Service dont elle s'est déchargée sur le concessionnaire ; rien de ce qui touche aux conditions d'exécution du service ne saurait lui échapper ; ayant fait confiance à un particulier pour en assumer la gestion, elle n'acceptera pas que le concessionnaire transfère l'exploitation à son insu et sans son assentiment².

La portée de cette règle en éclaire d'ailleurs le fondement :

a) L'approbation de l'Administration concédante est

1. Voir Jèze, *Contr. admin.* t. II, p. 213 et suiv. Conseil d'Etat, 20 janvier 1905, *Compagnie départementale des eaux*, p. 54, conclusion Romieau, 14 novembre 1913, *Commune de Trun c/ Giron*, p. 1097, 9 juillet 1924, *Société du secteur électrique de la Vallée d'Auge*, p. 656, Cass. civ. 4 mai 1924, *Société d'énergie électrique du littoral méditerranéen*, D., 1925-1-7, note Appleton, S., 1924-1-65, note Mestre.

2. Voir Cass., 3 mai 1924, précité, et les notes des Professeurs Mestre et Appleton.

requis pour toute cession volontaire ou forcée : y compris l'adjudication de l'exploitation après la faillite du concessionnaire, ou encore l'absorption ou la fusion de la société concessionnaire¹. Quid du simple traité passé par le concessionnaire avec un tiers pour l'exploitation du service ? Controversée en doctrine, la question a été tranchée dans le sens de l'affirmative par la jurisprudence administrative et judiciaire : le contrôle de l'Administration doit en effet s'étendre sur toute opération qui, par la substitution d'un exploitant à un autre, a une répercussion directe sur le fonctionnement du Service².

b) D'ailleurs, si l'Administration est libre d'approuver ou non la cession, le juge de l'excès de pouvoir se réserve d'annuler un refus arbitraire³. Si d'autre part la cession opérée sans son agrément peut justifier la déchéance du concessionnaire, cette sanction n'est pas prononcée de plein droit ; le juge appréciera s'il est opportun et conforme à l'intérêt bien compris du Service de rompre le contrat.

2° *Le concessionnaire doit assurer l'exécution du service, et elle seule.*

Le concessionnaire doit limiter son activité à la gestion du Service Public dont il a la charge, il ne peut se livrer à aucune exploitation d'ordre commercial étrangère au Service⁴.

La question s'est posée maintes fois devant les tribunaux administratifs et judiciaires : on a discuté le droit pour les compagnies de tramways de revendre les excédents inutilisés d'énergie électrique, pour les Compagnies de chemin de fer d'exploiter des hôtels et des buffets de gare, et plus récemment pour les concessionnaires de chemins de fer

1. Cf. Thévenez, d'Hérouville et Bleys, *Législation des chemins de fer*, t. I, p. 152-3, Appleton, note précitée au D., 1925-1-17.

2. Voir Aucoc, *Conférences*, t. III, n° 1334, Conseil d'Etat, 20 janvier 1905, *Compagnie départementale des eaux*, Cass. civ. 3 mai 1924, *Energie électrique du littoral* (voir en particulier sous cet arrêt les conclusions du commissaire du gouvernement Romieu, et la note précitée du Professeur Mestre).

3. Conseil d'Etat, 14 novembre 1913, *Commune de Trun*, p. 1097.

4. Sur cette question, voir en particulier : Giron, *Les concessionnaires de service public et la liberté du travail*, thèse Lyon 1914, et Bettinger, *Les concessionnaires de transport en commun et la concurrence*, Thèse Paris, 1933.

d'intérêt local de créer des services automobiles annexes¹. Dans ces domaines si variés, la jurisprudence s'inspire d'un principe de solution très souple : le concessionnaire peut entreprendre toutes les opérations qui, bien qu'en dehors de la concession, en sont le complément naturel et concourent à la meilleure exécution du service concédé ; il ne peut au contraire, dans un but lucratif, gérer une exploitation absolument étrangère au service².

Indépendamment des considérations d'ordre économique et social qui doivent interdire au concessionnaire de faire à l'industrie libre, grâce à sa situation privilégiée, une concurrence déloyale, cette règle s'appuie sur une raison juridique puissante : elle découle, elle aussi, de l'idée du Service Public, auquel le concessionnaire doit consacrer toute son activité, sans partage ; « elle est la conséquence de cette règle absolue qu'aucun administrateur d'aucun Service Public ne peut exercer aucun pouvoir ni accomplir aucun acte dans le service qui ne soit prévu par les lois et règlements »³. Il y a une sorte d'incompatibilité entre la gestion d'un service et l'exploitation libre d'une industrie, comme entre la qualité de fonctionnaire et celle de commerçant ; le principe de la « spécialité des Services Publics » exige que l'activité du concessionnaire n'excède pas le cadre de la concession.

3° Voici enfin la troisième règle, la plus importante :
Le concessionnaire est tenu d'assurer à tout prix l'exécution régulière et continue du service.

1. Voir en particulier : 1° pour la revente des excédents d'énergie ; Cass., 18 avril 1910, *Tramways de Lille c/ Société lilloise d'éclairage électrique*, D., 1910-1-452, note Berthélémy, S., 1911-1-33 note Mestre ; Cass., 24 février 1920 *Compagnie du gaz de Lyon c/ Compagnie O.T.L. R. des Conces*, 1923, p. 83, 2° pour l'exploitation des hôtels et buffets : Aix, 15 février 1882, *Jullien et Blanc*, S., 1882-2-169, note Lyon-Caen, Cass., 19 décembre 1884, *id.*, S., 1884-1-433, note Lyon-Caen, 3° pour l'exploitation de services automobiles Conseil d'Etat, 26 juin 1931 *Chambre syndicale des loueurs propriétaires d'auto-cars*, D.H. 1931, p. 480, 23 juin 1933, *Planche*, Lyon 5 novembre 1930, *Compagnie O.T.L. c/ Bon*, D.H., 1931, p. 38 ; Tribunal de commerce Saint-Etienne, 5 février 1932, *Lhacéra*, D.H. 1932, p. 246 ; Poitiers, 20 juillet 1932, *Gendraul*, D.H. 1932, p. 531.

2. Cf. Thévenez, d'Hérouville et Bleys, *op. cit.*, t. I, p. 92.

3. Berthélémy, note précitée au D., 1910-1-425 ; cf. Cass. 24 février 1920, *Compagnie du gaz de Lyon, c/ Compagnie O.T.L.*

a) « *Le concessionnaire doit accomplir les prestations stipulées au contrat en toutes circonstances*, même si des événements économiques exceptionnels, indépendants de la volonté des parties et imprévisibles, se produisent, qui bouleversent l'économie du contrat »¹.

La matière est dominée par la distinction fondamentale entre la force majeure et l'imprévision : d'un côté impossibilité absolue pour le contractant de s'exécuter, de l'autre, aggravation inopinée des charges de l'une des parties. En droit public comme en droit privé, cette dernière éventualité laisse subsister l'obligation.

Le concessionnaire doit donc assurer la marche du service : les difficultés exceptionnelles, les surcharges imprévues qui viendraient grever son exploitation, hausse du prix des matières premières, du taux des salaires, de tout autre élément de son prix de revient, ne peuvent l'en dispenser : la continuité du service ne doit pas souffrir de ces contingences. Peut-être le concessionnaire obtiendrait-il une indemnité compensatrice du préjudice subi : c'est une autre question. Mais s'il vient à suspendre son exploitation, il commet une faute très grave qui l'expose à des sanctions rigoureuses.

Ce principe a reçu des applications nombreuses à la suite de la dernière guerre : dans beaucoup de villes, les Compagnies de distribution du gaz et de l'électricité avaient cru pouvoir suspendre l'exploitation de leur service, sur le refus par les municipalités de les indemniser des surcharges nées de la guerre. Le Conseil d'Etat censura sévèrement cette pratique et fit comprendre aux industriels récalcitrants, quel que fut le bien fondé de leurs prétentions, que le principe civiliste de l'exécution « trait pour trait » et l'*exceptio non adimpleti contractus* n'avaient pas cours en droit public². Les très nombreuses décisions rendues à la suite de l'arrêt du 23 mai 1919, *Ville de Pézenas*, qui fixe

1. Jèze, *Contrats administratifs*, R.D.P., 1932.

2. M. Berthélémy emploie par suite une formule critiquable quand il écrit : « Le seul droit qu'aient les compagnies gazières, en conséquence du principe posé par l'arrêt du Conseil d'Etat du 30 mars 1916, est de subordonner l'exécution de leurs engagements à l'obtention d'une indemnité ». (*Communes et gaziers*, Revue politique et parlementaire, 1917, p. 4).

la jurisprudence, reproduisent la même formule : « Considérant qu'une Société concessionnaire ne doit sous aucun prétexte interrompre le Service Public dont elle a la charge, en dehors d'un cas de force majeure entraînant l'impossibilité absolue de continuer le Service ».

b) *L'obligation du concessionnaire disparaît dans le cas de force majeure.*

On conçoit d'ailleurs qu'en raison des perturbations que provoquera dans le fonctionnement du Service la carence du concessionnaire, la jurisprudence subordonne l'admission de la force majeure à des conditions rigoureuses¹. La force majeure exige la réunion de trois caractères : il faut une circonstance qui soit indépendante de la volonté des parties, qui n'ait pu être ni prévue ni prévenue, et enfin qui crée une impossibilité absolue d'exécuter l'obligation². C'est donc en appréciant toutes les circonstances de la cause que le juge décidera si l'interruption du Service est ou non justifiée ; tel événement — grève du personnel, destruction du matériel d'exploitation, insuffisance des matières premières — présentera ou non, suivant le cas, les caractéristiques exigées : c'est essentiellement une question d'espèce³.

Si nous passons aux effets de la force majeure, nous nous éloignons encore du droit commun des obligations. La

1. Cf. conclusions de M. le commissaire du gouvernement Tardieu sous Conseil d'Etat, 29 janvier 1909, *Messageries maritimes*, p. 116 ; « Etant donné que les entrepreneurs, fournisseurs, concessionnaires de services publics, sont chargés d'une mission qui présente un intérêt général, les tribunaux administratifs ont le droit, à raison précisément de cet intérêt général qui est en jeu, de se montrer plus sévères dans l'appréciation de la conduite de l'entrepreneur, et d'exiger de lui plus d'efforts pour assurer l'exécution de son contrat que les tribunaux judiciaires n'en exigeraient d'un entrepreneur privé ».

2. Voir Bosc, *Le régime des pénalités dans les marchés*, R.D.P. 1921. Sur la première condition, Conseil d'Etat, 2 juillet 1924, *Affrêteurs réunis* p. 631, sur la troisième, Conseil d'Etat 27 mars 1926 *V. de Montfort l'Amaury*, p. 375.

3. La question s'est posée le plus souvent à la suite de grèves du personnel et a donné lieu à une jurisprudence nombreuse le plus souvent favorable au concessionnaire. Voir Conseil d'Etat 5 mars 1909, *Département de la Seine*, p. 245, 29 janvier 1909, *Grandes Compagnies de navigation*, p. 111, conclusion Tardieu, 1^{er} août 1914, *Messageries Maritimes*, p. 997, 29 octobre 1926, *Ville de Saint-Etienne*, p. 911 ; voir aussi les arrêtés des Conseils de Préfecture des Bouches-du-Rhône, 11 janvier 1921, du Loiret, 7 août 1930, de la Loire, 7 octobre 1921.

force majeure n'a pas pour effet, en droit public, d'anéantir le contrat, mais seulement d'en paralyser l'exécution pour une durée plus ou moins longue : le concessionnaire devra reprendre l'exécution du Service dès qu'elle sera redevenue possible.

Ce sont, ici encore, les événements de la guerre, qui ont mis en relief ce principe. Le Conseil d'Etat a décidé que la Compagnie des Messageries Maritimes, autorisée par arrêté ministériel à suspendre provisoirement l'exécution du service postal, devait rétablir le trafic dès qu'elle en aurait reçu l'ordre¹; que les Compagnies de distribution du gaz, qui n'avaient pu continuer l'exploitation du service du fait de l'occupation ennemie, étaient tenues dès la fin des hostilités « de faire toute diligence à partir de cette époque pour assurer, dans le plus bref délai possible, la reprise du fonctionnement du service dont elles avaient la charge »².

§ 2. — *Le contrôle de l'Administration sur l'exécution du Service*

Le pouvoir de contrôle de l'Administration concédante sur l'exécution du Service Public concédé peut se comparer aux pouvoirs de tutelle sur l'administration des agents décentralisés : la concession n'est-elle d'ailleurs autre chose qu'une forme de décentralisation ?

Le service concédé reste un Service Public : la concession à un entrepreneur ne saurait le soustraire au droit de regard de l'autorité administrative. Le pouvoir de contrôle de l'Administration concédante sur la gestion du Service existe en dehors de toute disposition expresse de la loi, car il découle de la nature même du service concédé : « Un seul motif est suffisant : le concessionnaire exploite un Service Public, l'Administration ne peut se désintéresser de l'exploitation du Service concédé »³.

1. Conseil d'Etat, 3 août 1917, *Messageries Maritimes*, p. 620. Voir Boyer, *Les conventions entre l'Etat et les Compagnies de navigation*, p. 208.

2. Conseil d'Etat, 5 janvier 1924, *Gaz de la Ferté-Milon*, p. 18 ; 2 juillet 1924 *Veuve Girou*, p. 628 ; 13 novembre 1924, *Compagnie d'éclair. chauff. gaz*, p. 880.

3. Jèze, *Contrats administratifs*, t. II, p. 369. Cf. conclusions Tardieu sous

Le pouvoir de contrôle s'étend à tous les éléments du service concédé : il s'exerce sur toutes les opérations d'ordre technique et financier, de son fonctionnement. Il s'analyse en deux attributs :

1° le droit pour l'Administration de prescrire au concessionnaire toutes mesures permettant aux agents publics de connaître et de constater les opérations effectuées dans la gestion du service ;

2° le droit d'adresser au concessionnaire des injonctions, des ordres exécutoires, des interdictions, relatifs à la construction de l'ouvrage, à l'exploitation technique et à la gestion financière du Service¹.

L'organisation pratique du contrôle se trouve réglée dans les dispositions des Cahiers des Charges qui prévoient la présence d'agents de l'Administration dans les organes chargés de la direction de l'exploitation. La nature mixte de la concession de Service Public se refléchit dans cette organisation qui juxtapose les agents publics et les délégués des actionnaires à la tête du Service. La législation des chemins de fer d'intérêt général prévoit le contrôle sur deux plans différents : au-dessus des réseaux, le Conseil supérieur où siègent, à côté des représentants des Compagnies, du personnel et des usagers, des délégués du Ministre ; auprès de chaque compagnie, d'autre part, des inspecteurs exerçant la surveillance de l'exploitation technique, financière et commerciale. Cette organisation à deux degrés du contrôle se retrouve dans les services de transports maritimes et aériens, avec la présence d'un commissaire du gouvernement auprès des Conseils d'administration, et d'agents publics dans les ports d'attache ou d'escale².

Conseil d'Etat, 6 décembre 1907, p. 918. Rapport du 7 novembre 1922, présenté par la commission instituée pour l'organisation du contrôle des chemins de fer.

1. Cf. Jèze, *Contrats administratifs*, t. II, p. 376. Art. 34. 1° du Cahier des Charges des Compagnies de chemins de fer de 1857 : « Pour tout ce qui concerne l'entretien et les réparations des chemins de fer et de leurs dépendances, l'entretien du matériel et le service de l'exploitation, la compagnie sera soumise au contrôle et à la surveillance de l'administration ».

2. Pour plus de détails sur cette organisation, voir : Lampué, *L'Etat et les Compagnies de transports aériens*, p. 65 ; Boyer, *Conventions entre l'Etat et les Compagnies de navigation*, p. 117.

La participation financière de l'Etat à la gestion des services concédés devait donner une extension remarquable au pouvoir de contrôle : la répercussion sur les finances publiques des résultats de l'exploitation autorise l'Administration à exercer une surveillance attentive sur la gestion du concessionnaire : une surveillance qui s'étend bien au delà de l'exécution même du service, sur toutes les opérations d'ordre commercial affectant le compte d'exploitation. Le contrôle financier de l'Etat sur les Compagnies de chemins de fer d'intérêt général est particulièrement suggestif ; il se présente sous deux formes complémentaires : le contrôle *a posteriori* — c'est le règlement des comptes de chaque exercice par arrêté du Ministre des Travaux Publics qui fixe le mouvement des fonds entre la Compagnie et le fonds commun —, et le contrôle préventif sur les actes de gestion financière courante de la compagnie, comportant en particulier l'examen des marchés passés par les réseaux ¹.

Le pouvoir de contrôle trouve ses limites dans la nature même du service concédé : s'il justifie une certaine immixtion dans la gestion du service, il ne peut asservir entièrement la direction de l'entreprise à l'Administration concédante. La Conseil d'Etat a très nettement tracé la démarcation entre la gestion et le contrôle dans son arrêt de principe du 18 juillet 1930 : si le contrôle des chemins de fer comporte l'examen des marchés passés par les réseaux, le ministre ne peut se réserver un pouvoir d'approbation qui impliquerait une participation à la gestion ; une mesure prise en ce sens aboutirait à substituer à la concession une régie plus ou moins déguisée : « les compagnies gèrent, le ministre contrôle ».

Il y a là un principe de solution très souple qui s'adaptera aux situations diverses de la vie administrative : certaines circonstances exceptionnelles justifieront une amplification des pouvoirs de contrôle, une surveillance plus

1. Le principe du contrôle financier se trouve dans les lois du 11 juin 1831, art. 9 et du 15 juillet 1854, art. 21, et l'organisation détaillée dans le décret du 15 juin 1926. Voir Conseil d'Etat, 18 juillet 1930, *Grandes Compagnies*, R.D.P. 1921, conclusions de M. le commissaire du gouvernement Josse et note du professeur Jèze. Sur le contrôle financier des Compagnies de transports aériens, voir Lampué, *op. cit.*, p. 93.

étroite sur l'exploitation du service qui pourtant n'en modifiera pas la nature. L'organisation des chemins de fer concédés, en temps de guerre, est particulièrement suggestive : En temps de guerre, le service des chemins de fer relève tout entier de l'autorité militaire. Le Ministre de la Guerre *dispose* des chemins de fer dans toute l'étendue du territoire national non occupé par les armées d'occupation : le commandant en chef de chaque groupe d'armées en *dispose* dans la partie du territoire assignée à ses opérations » (loi du 28 décembre 1888, art. 22-3). Or, la jurisprudence au cours de la dernière guerre a proclamé que la mainmise de l'autorité civile et militaire sur l'exploitation des réseaux n'en modifiait pas la condition juridique, que les compagnies conservaient leur autonomie de concessionnaires indépendants et responsables : telle est la souplesse de cette institution, qu'elle se plie sans altération à toutes les interventions justifiées par l'intérêt public¹.

* * *

A travers ce rapide aperçu des conditions d'exécution du service concédé commence à se dessiner la physionomie d'ensemble de l'institution. Si nous ignorons encore la situation juridique du concessionnaire, l'exacte nature, réglementaire ou contractuelle, de ses obligations, si nous sommes restés prudemment dans le cadre de la théorie du contrat administratif, nous pouvons affirmer dès maintenant que l'exécution du service concédé ne déroge pas au droit commun des Services Publics ; les stipulations de l'acte de concession sont débordées et dominées par les règles objectives qui imposent le fonctionnement continu et régulier du service sous la surveillance et le contrôle de l'Administration concédante.

1. Voir Montpellier, 15 juillet 1915, etc..., au D., 1916-2-49 ; Paris, 8 juillet 1916, etc... D., 1916-2-169 ; Paris, 8 avril 1916, S., 1917-2-19 ; Poitiers, 17 avril 1916, S., 1917-2-52 ; Paris, 31 juillet 1919, S., 1920-2-13.

CHAPITRE II

LES SANCTIONS

Les règles souvent rigoureuses de l'exécution du service concédé sont solidement étayées par un système perfectionné de sanctions.

L'application des sanctions prévues dans l'acte de concession, souvent avec détail et minutie, va sans difficulté : mais les prévisions contractuelles peuvent se trouver insuffisantes ; pourra-t-on faire appel au droit commun pour combler les lacunes des sanctions contractuelles ?

Indépendamment des sanctions civiles, les fautes du concessionnaire dans la gestion du service sont-elles susceptibles d'une sanction pénale ? Dans l'affirmative, l'Administration disposerait d'un moyen de pression énergique et efficace pour obtenir une exécution scrupuleuse du service.

L'application des sanctions civiles, la possibilité de sanctions pénales : tels sont les deux points qui devront retenir notre attention, en raison de leurs répercussions sur la conception d'ensemble de la concession de Service Public.

§ 1. — *L'application des sanctions civiles*

1^o Les sanctions contractuelles

Les Cahiers des Charges des contrats administratifs ne manquent pas de prévoir une échelle graduée de pénalités allant de l'indemnité forfaitaire à la déchéance ; le

contractant sera d'autant mieux disposé à exécuter strictement ses obligations, que pèsera sur lui la menace de sanctions rigoureuses.

Nous nous bornerons à quelques remarques sur le rôle et les pouvoirs du juge dans l'application des sanctions contractuelles.

Sauf disposition contraire du Cahier des Charges, la déchéance du concessionnaire doit être prononcée par le juge du contrat ; et le juge se réserve d'annuler la déchéance injustement prononcée. Mais réciproquement, lorsque l'acte de concession prévoit l'application des sanctions contractuelles par la décision unilatérale de l'Administration, celle-ci peut-elle se décharger sur le juge du soin de les prononcer ? question d'un vif intérêt pratique, puisque l'Administration peut engager sa responsabilité par l'usage injustifié du pouvoir d'action d'office¹.

Jusqu'à ces dernières années, la jurisprudence refusait d'admettre cette prudente procédure (Conseil d'Etat, 31 mai 1907, *Deplanque c/ Ville de Nouzon*, p. 513, 26 janvier 1923, *Ville de Toulon*, p. 85). Mais dans un arrêt récent, le Conseil d'Etat vient de décider que, bien qu'une disposition du Cahier des Charges ait prévu l'application des pénalités par l'Administration elle-même, « il n'en résultait pas qu'elle fut privée de la faculté de s'adresser au juge du contrat pour obtenir une condamnation pécuniaire en exécution de la clause pénale stipulée » (Conseil d'Etat 26 décembre 1924, *Ville de Paris c/ Métropolitain*, S., 1925-3-25, note Hauriou). Nous croyons voir dans cette évolution jurisprudentielle, non seulement un recul de la procédure d'action d'office accentuant la main-mise du juge sur l'opération, mais surtout la dernière abdication de l'ancienne *autonomie* du Cahier des Charges. Cette tendance nouvelle du Cahier des Charges à s'ouvrir au contrôle du juge, nous la comprendrons mieux à la lumière de l'étude qui va suivre de l'application des sanctions extra-contractuelles.

1. Conseil d'Etat, 27 février 1903, *Olivier et Zimmermann*, S., 1905-3-17, note Hauriou.

2° *Les sanctions extra-contractuelles.*

Les pénalités prévues au contrat sont-elles les seules dont l'Administration puisse requérir l'application ? Les dispositions du traité sont-elles limitatives ? Peut-on faire au contraire appel au droit commun pour condamner le concessionnaire à des dommages et intérêts en cas d'inexécution de ses obligations ou de retard dans leur exécution ?

Cette question, dont nous soulignerons la haute portée théorique, a fait l'objet d'une évolution jurisprudentielle pleine d'enseignements.

a) *L'ancienne jurisprudence.*— Dans le silence du contrat, l'Administration dispose d'une seule sanction : la déchéance ; le seul moyen d'obtenir l'exécution du contrat, c'est d'en provoquer la rupture. Le juge ne peut suppléer aux dispositions du Cahier des Charges en condamnant le concessionnaire à des dommages-intérêts.

Cette solution paradoxale, consacrée par la jurisprudence dans deux arrêts célèbres, reçut l'approbation de la plupart des auteurs¹ : elle découlait tout naturellement de l'ancienne conception de la concession de travaux publics. Nous avons montré précédemment comment la nature très particulière de ce contrat avait frappé les auteurs ; on hésite à le soumettre aux règles du droit privé des obligations, dont les principes dominent les actes administratifs de gestion. « Il est résulté de cette nature toute particulière du contrat de concession, concluait le commissaire du gouvernement Gomel, que l'Administration a combiné ses traités de concession de telle sorte qu'ils puissent se suffire à eux-mêmes ; que chacun d'eux forme un tout complet et que leurs dispositions règlent toutes les hypothèses qui, au cours du traité, pourraient se produire... Tous les rapports que le contrat de concession peut faire naître entre le concessionnaire et l'autorité concédante se trouvent régis par

1. Conseil d'Etat, 15 juillet 1881, *Compagnie du chemin de fer Rouen-Orléans*, p. 699, conclusions du commissaire du gouvernement Marguerie, et 11 janvier 1884, *Level*, p. 39, conclusion du commissaire du gouvernement Gomel. Voir Dalloz, *Rép. pratique*. V. *Concession administrative*, n° 46 ; de la Taste, *Sanctions pécuniaires des obligations des concessionnaires*, *Revue des Concessions*, 1904, p. 49. Voir cependant en sens contraire, De Mesmey, *Revue générale d'administration*. 1896-3-257.

la convention intervenue avant la concession, et par le Cahier des Charges, qui est l'annexe de cette convention ». Ainsi naquit le principe de l'« autonomie » du Cahier des Charges, dont on tirera les conséquences suivantes :

1° Si le contrat n'a prévu aucune sanction pécuniaire aux obligations du concessionnaire, il n'appartient pas au juge d'en ajouter après coup.

2° Les pénalités doivent être appliquées dans les conditions dans lesquelles elles ont été prévues.

3° Quand le Cahier des Charges ne prévoit pas d'autre sanction pécuniaire que la confiscation du cautionnement, c'est le montant de ce cautionnement qui, après déchéance, détermine la limite de la responsabilité du concessionnaire.

Cette conception exclusive et rigide convenait à l'ancienne notion de la concession de travaux publics : le traité prévoyant essentiellement l'exécution d'un travail public, les parties régleront à l'avance les conditions de la construction de l'ouvrage ; le contrat peut se fermer sans danger à l'application du droit commun. La même solution, appliquée à l'exécution d'un service public, devient inadmissible : l'autorité concédante, pour avoir prévu un système insuffisant de sanctions, privée de toute arme efficace contre le concessionnaire, aura définitivement compromis le fonctionnement du service, et le public subira les conséquences de cette irréparable négligence.

L'autonomie du Cahier des Charges correspond de plus à un état embryonnaire du droit administratif, dans lequel on pouvait craindre, en sortant des dispositions du contrat, de tomber sous l'application brutale du droit privé : c'est pour soustraire l'opération aux règles du droit civil que la jurisprudence s'en tient à l'application stricte des stipulations contractuelles.

Aussi cette solution ne devait-elle pas survivre à l'évolution parallèle du droit administratif et de la notion de la concession.

b) *La jurisprudence nouvelle.* — Le revirement s'est produit dans l'arrêt célèbre du 31 mai 1907 *Deplanque c/ Ville de Nouzon*¹.

1. Voir les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Romieu au

Le principe de cette jurisprudence est ainsi condensé par M. Romieu, commissaire du gouvernement, dans ses conclusions : « Le Cahier des Charges de la concession fixe les obligations des parties ; ces obligations doivent avoir une sanction ; lorsqu'il n'a pas été prévu de sanction directement applicable au fait d'inexécution relevé à la charge du concédant ou du concessionnaire, il appartient au juge, sur la demande de la partie lésée, *d'édicter une sanction dans les termes du droit commun*, c'est-à-dire, selon les circonstances, de prononcer la résiliation du contrat ou de condamner la partie défaillante au paiement de dommages et intérêts » ¹

Cette solution nouvelle traduit-elle, comme on l'a prétendu, la soumission de la concession de Service Public aux règles du droit privé des obligations avec l'application de l'art. 1142 du Code civil ? Ce serait une dangereuse régression que l'irruption des textes du droit civil dans le droit des Services Publics.

Le Conseil d'Etat se garde bien d'être aussi précis : il statue sans viser aucun texte ; il ne fait qu'appliquer un principe supérieur au droit public comme au droit privé, celui de la réparation du préjudice injustement causé ².

En fait, l'autonomie du Cahier des Charges était incompatible avec l'intérêt du bon fonctionnement du service : elle devra céder devant le contrôle du juge et le droit commun des Services Publics.

Le contrôle du juge est nécessaire parce que le fonctionnement du service est en jeu dans l'exécution du contrat, dont la portée dépasse les rapports des parties contractantes ; c'est le simple prolongement du pouvoir de surveillance de l'autorité publique sur l'exécution du service.

Rec., p. 513, la note du Professeur Hauriou au S., 1907-3-113 ; la note du Professeur Jèze, dans la R.D.P. 1907, p. 673.

1. Voir en outre : Conseil d'Etat, 12 juillet 1918, *Vaudel*, p. 700 ; 27 mai 1927, *Commune de Terrasson*, p. 613 ; 8 août 1918, *Compagnie gaz et eaux*, p. 751.

2. Cf. les motifs de l'arrêt *Deplanque* : « Considérant que si aucune sanction de ces faits n'a été expressément prévue au Cahier des Charges ils n'en constituent pas moins de la part de l'entrepreneur l'inexécution de ses obligations, et sont de nature à motiver l'allocation d'une indemnité à la Ville de Nouzon, à raison du préjudice qui en est résulté pour elle ». Voir Jèze, *De l'application des règles du droit privé aux manifestations unilatérales ou contractuelles de volonté du droit public*, R.D.P. 1923, p. 5.

D'autre part, le cadre étroit des stipulations contractuelles est débordé par les règles objectives qui dominent le fonctionnement des Services Publics : nous l'avons déjà constaté. La rigidité et l'exclusivité du Cahier des Charges risquent de paralyser la vie du service ; les parties ne peuvent prétendre embrasser dans leurs prévisions tous les problèmes que posera l'exécution du contrat ; les stipulations du traité reposeront désormais sur un fond solide de principes et de règles objectives qui constituent le « droit de la concession »¹.

Les pouvoirs du juge subissent d'ailleurs une double limitation :

1° Le juge ne peut suppléer aux dispositions expresses du contrat : si le Cahier des Charges prévoit certaines pénalités pour des infractions, il ne saurait y substituer d'autres sanctions : « le droit commun ne peut remplacer les règles contractuelles explicites qui forment la loi des parties », proclamait le commissaire du gouvernement Romieu dans ses conclusions sous l'arrêt Deplanque².

2° Le juge ne peut ordonner l'exécution du contrat sous peine d'une astreinte : c'est une survivance assez curieuse et sans doute regrettable du vieux principe interdisant au juge administratif de surveiller l'exécution de ses décisions³.

§ 2. — Les sanctions pénales

Les obligations du concessionnaire sont-elles susceptibles de sanctions pénales ?

1. Cf. Hauriou, note précitée au S., 1907-3-113 : « C'est la mort de l'antique principe suivant lequel le Cahier des Charges se suffisait à lui-même... La multiplicité des cahiers des charges, leur variété inévitable, ont amené ce résultat fatal qu'en combinant les dispositions des divers Cahiers des Charges, on a pu constituer un type idéal de concession plus riche qu'aucun de ceux qui sont réalisés. La concession de travaux publics est ainsi devenue une institution juridique existant en soi, qui dépasse chaque opération particulière, et dans laquelle le juge peut puiser des inspirations ».

2. Cf. Conseil d'Etat, 20 janvier 1928, *Communes de Montagnac*, p. 89.

3. Voir en particulier, Conseil d'Etat, 22 mai 1914, *Rougier-Laberge*, p. 626, 23 mai 1919, *Société industrielle du gaz C / Ville de Pézenas*, p. 469 ; 10 juin 1921, *Commune de Fumel*, p. 561, 17 novembre 1922, *Commune de Chalonnès*, p. 837.

C'est une question dont il faut se garder d'exagérer la portée. On a pu croire qu'elle mettait en jeu la nature juridique du Cahier des Charges, et considérer comme un critérium décisif de la nature de cet acte le fait qu'il fût ou non pourvu des sanctions attachées par la loi aux règlements¹.

On oublie que seuls les règlements de police sont sanctionnés par les peines de simple police de l'art. 471-15° du Code pénal, à l'exclusion des règlements organiques des Services Publics². Donc, en admettant même que l'acte de concession soit de nature réglementaire, on conçoit fort bien qu'il ne soit pas pourvu de sanctions pénales à vrai dire, la question ne semble même pas devoir se poser.

Les Cahiers des Charges des concessions de services publics ne sont pas, en principe, sanctionnés par les pénalités de l'art. 475-15° : la jurisprudence est constante en ce sens, et la Cour de cassation a notamment affirmé dans un arrêt récent que « le Cahier des Charges ne soumet l'entrepreneur qu'à des réparations civiles en cas d'inexécution des conditions de la concession, et que les prescriptions qui y sont contenues ne peuvent constituer un règlement de police »³.

L'Administration a parfois cru tourner la difficulté en doublant le règlement organique du service d'un règlement de police. La jurisprudence judiciaire semble l'admettre, et dans une affaire récente la Cour de cassation a reconnu la validité d'un arrêté de police pris par le Maire de Remiremont pour assurer l'exécution du traité passé avec la Compagnie d'éclairage au gaz⁴. Le Conseil d'Etat jugeant

1. Voir en particulier, Blondeau, *op. cit.*, et Redeuilh, *Nature juridique de la concession de Service Public*.

2. Voir Dejamme, *Le pouvoir réglementaire*, p. 121 ; Mestre, note sous Cass. 23 mai 1901, S., 1902-1-377 ; Hauriou, note sous Conseil d'Etat, 5 janvier 1924, au S., 1926-3-33. Sur la distinction des règlements de police et des règlements organiques, Hauriou, *Droit administratif*, p. 452, Duguit, *Droit constitutionnel*, t. II, p. 214.

3. Cass. crim. 31 mai 1924, *Luciani*, S., 1924-1-240 ; Cf. Cass. 10 mai 1844, S., 1884-1-458 ; 24 janvier 1852. D., 1852.1.62 ; 20 mars 1868, D. 1869-V-333 ; 24 mars 1876, D., 1877-1-288.

4. Cass. crim. 5 janvier 1924, *Société industrielle du gaz*. Cf. Cass. crim. 3 août 1866, *Fourcassier*, S., 1867-1-271, 19 avri 1894, *Talandier*, S., 1894-1301

sur la même espèce a condamné au contraire cette pratique trop habile, et annulé l'arrêté de police du Maire de Remiremont : cette jurisprudence souligne très nettement la distinction qui semble échapper aux tribunaux judiciaires des domaines de la police et de l'organisation des services publics¹.

Si la séparation est la règle entre ces deux domaines, il se peut que parfois l'exécution du service intéresse l'ordre et la sécurité publique, constitue « une situation connexe et intéressant directement l'ordre public territorial »² : la nature du service communique alors au Cahier des Charges qui l'organise le caractère d'un acte de police. Le cas le plus typique est celui des concessions pour le nettoyage et le balayage des voies publiques, qui intéressent directement la police de la salubrité publique : une jurisprudence très ancienne applique au concessionnaire les pénalités de l'art. 471-3° et 15° Code pénal³.

D'autre part, les dispositions expresses de la loi organique du service peuvent, par dérogation au droit commun, assortir les règlements et Cahiers des Charges de sanctions pénales : tel est le cas pour les concessions de chemins de fer d'intérêt général ; la loi punit les infractions aux règlements relatifs à la police, la sûreté, l'usage et la conservation des chemins de fer, ainsi qu'aux arrêtés ministériels et préfectoraux rendus pour leur exécution (Combin. Lois du 11 juin 1842, art. 9 et du 15 juillet 1845, art. 21 et Ordonnance du 15 novembre 1846, art. 79). Ce régime a été étendu aux chemins de fer d'intérêt local et aux tramways par la loi du 11 juin 1880, art. 37.

La portée de ces textes est très générale : les pénalités de la loi s'appliquant non seulement aux règlements de police, mais aussi aux règlements d'exploitation, les dispositions

1. Conseil d'Etat 5 janvier 1924, *Société industrielle du gaz*, S., 1926.3.33, note Hauriou. Cf. 2 juillet 1926, *Randon et Rimbart*, p. 677.

2. Hauriou, note précitée.

3. Cass. 2 juillet 1858, *Stil*, S., 1858-1-697 ; 22 juin 1866, S., 1867.1.179 ; 10 juin 1869, *Rancalle* et 25 juin 1869, *Peyroux*, S., 1870-1-175. Cf. 14 février 1874, *Petit. D.*, 1877.V.254 (relatif à la concession de droits de place) qui décide que le Cahier des Charges comporte une sanction pénale « si les obligations imposées à l'adjudicataire intéressent l'ordre et la sécurité publique et se trouvent rappelées dans un véritable règlement de police ».

relatives à l'organisation et au fonctionnement du service se trouvent ainsi pourvues d'une sanction pénale¹.

Cette extension dans le domaine de l'organisation des Services Publics d'un régime de sanctions dont l'application est normalement restreinte au domaine de la police doit être expressément prévue par la loi: on ne saurait étendre par analogie, en dehors d'une disposition formelle de la loi, cette solution nettement exceptionnelle. Aussi ne croyons nous pas, comme le soutient Lamé-Fleury, que les infractions commises par le concessionnaire aux dispositions du Cahier des Charges qui échappent à l'application des textes précités tombent néanmoins, en vertu du droit commun, sous le coup des pénalités de l'art. 471-15^o Code pénal. Car le Cahier des Charges n'est pas, comme semble le croire cet éminent auteur, un règlement de police².

Nous avons cru devoir insister sur cette question afin de dissiper certains malentendus, et de compléter en même temps le tableau des garanties d'exécution du service. L'étude des sanctions pénales nous aura donné quelques aperçus suggestifs sur le caractère de certaines concessions: si l'organisation des Chemins de fer concédés se trouve protégée par des pénalités à l'égal de prescriptions de police, n'est-il pas bien difficile de soutenir le caractère privé de l'exploitation de ce service?

* * *

Au terme de notre première étape, mesurons le chemin parcouru.

De cet exposé schématique des règles fondamentales de l'exécution du service concédé et des sanctions dont elles sont pourvues, nous pouvons déjà tirer quelques conclusions. Sans doute n'avons nous pas encore abordé de front la question cruciale de la structure juridique de la concession de Service Public; mais des travaux d'approche nous

1. Voir Cass., 9 novembre 1905, *Equer*, S., 1905.1.535 : prescription relative à l'établissement d'un bureau-abri, Cass., 11 août 1905, *Guibaux*, D., 1907-1-518 : application d'un tableau de service.

2. Lamé-Fleury, *Code annoté des chemins de fer*, 4^e éd., p. 209-1.

retrouvons quelques éléments de solution qui ne sont pas sans intérêt : les contours de l'institution commencent à se préciser.

Sans encore préjuger de la nature véritable de l'acte de concession, nous avons, à l'exemple de la jurisprudence, étudié les conditions de l'exécution du service dans le cadre de la théorie générale des contrats administratifs. Nous avons pu voir comment la répercussion de l'idée du Service Public sur l'exécution des obligations, caractère distinctif du contrat administratif, atteignait son amplitude maxima dans la concession de Service Public. Les stipulations du traité s'effacent devant les règles objectives qui détermineront, dans l'intérêt du service et suivant les exigences de son fonctionnement, l'étendue des obligations du concessionnaire et les sanctions dont elles seront pourvues. L'exécution du service par une compagnie concessionnaire se déroulera sous la garantie des principes de régularité et de continuité et sous la surveillance de l'Administration investie du contrôle.

Envisagé sous ce premier aspect de la concession de Service Public, la gestion du service et le lien contractuel se combinent sans peine : si les rapports de l'Administration concédante et du concessionnaire sont de nature contractuelle, ils sont aussi modelés, transfigurés par la fonction à laquelle ils répondent. Cette coexistence du Service Public et du contrat doit être analysée de plus près : pénétrant au cœur du problème, nous allons en rechercher l'agencement réciproque dans l'organisation technique, puis financière, de la concession de Service Public.

Deuxième Partie

La Réglementation du Service

L'organisation du service concédé se présente sous un double aspect, technique et financier.

L'organisation financière, que nous étudierons ultérieurement, c'est l'ensemble des moyens qui permettent d'équilibrer les profits et les charges de l'exploitation.

L'organisation technique, c'est l'ensemble des dispositions qui fixent le détail, l'étendue et les modalités du service, ce sont les horaires, tableaux de service, tarifs, les clauses diverses des Cahiers des Charges qui déterminent les conditions de son fonctionnement : ce que nous appellerons en bloc *la réglementation du service*.

Nous avons précédemment étudié comment s'exécutait le service dans le cadre ainsi défini, la diligence dont était tenu le concessionnaire dans l'exécution de ses obligations : mais comment ses obligations sont-elles déterminées ? suivant quelles règles s'élabore la réglementation du service ? Tel est le point qui maintenant nous occupe.

Nous voici conduits à démêler la part respective, dans l'élaboration des conditions d'exécution du service, de l'Administration concédante et du concessionnaire ; par suite, à scruter leur situation juridique réciproque à l'égard de la réglementation du service : nous touchons au point névralgique du problème de la structure juridique de la concession de Service Public.

Procédant en deux étapes, nous rechercherons en premier lieu les caractères juridiques de l'organisation technique du service ; nous aurons ensuite à déterminer les différents éléments qui forment le contenu de cette organisation.

CHAPITRE PREMIER

LES BASES JURIDIQUES DE LA REGLEMENTATION DU SERVICE

La réglementation du service concédé contenue dans le Cahier des Charges se présente sous une forme conventionnelle : l'acte de concession dans son ensemble étant revêtu de l'assentiment global du concessionnaire, on a pu croire qu'il était purement et simplement un contrat.

Or, dans le domaine de la réglementation du service, l'idée du Service Public et l'idée de Contrat conduisent à des solutions diamétralement opposées :

1° La réglementation des Services Publics relève de l'exercice de la puissance publique : l'Administration a seule compétence pour déterminer, par l'usage de ses pouvoirs réglementaires et en considération de l'intérêt général, les conditions de fonctionnement des services. Elle doit en plus en assurer l'adaptation constante aux besoins variables du public ; l'organisation des Services Publics ne saurait être enfermée dans un cadre rigide ; elle doit se plier aux nécessités nouvelles reconnues par l'autorité compétente ; la mutabilité en est le caractère essentiel¹. L'application de ces principes conduit à considérer le Cahier des Charges de

1. Sur le principe de la variabilité de l'organisation des Services Publics, voir Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, t. II, chap. I ; *Le service public*, p. 170 ; *Les éléments des Services Publics*, R.D.P. 1913, p. 503. Voir également : Conseil d'Etat, 22 mai 1903, *Caisse des Ecoles*, p. 390, conclusion du commissaire du gouvernement Romieu ; 27 juin 1913, *Esmard, Cornus et autres*, p. 761 ; 26 janvier 1923, *Lafrégeyre*, R.D.P. 1923, p. 237, conclusions du commissaire du gouvernement Rivet.

la concession de Service Public, et l'acte de concession dans son ensemble, comme un acte réglementaire de l'Administration concédante, constamment modifiable par elle.

2° Si nous en considérons maintenant l'autre face, l'adhésion du concessionnaire communique au Cahier des Charges un caractère indiscutablement conventionnel. Nous savons d'autre part que le concessionnaire n'est pas un fonctionnaire désintéressé, qu'il poursuit, comme industriel responsable de sa gestion, un bénéfice personnel ; il cherche à tirer un profit pécuniaire de son exploitation. Envisagée sous cet aspect, l'organisation du service se présente comme un ensemble de droits et d'obligations, de prestations à fournir et de bénéfices à percevoir, comme la charte des rapports de l'Administration, traitant au nom de public, et du concessionnaire, rapports de nature contractuelle. La situation du concessionnaire dans la gestion du service, situation individuelle née d'un contrat, comportant un système de droits et d'obligations librement consentis, sera essentiellement intangible ; la situation du concessionnaire, et par suite l'organisation même du service concédé, ne pourront être modifiées que par la volonté des parties contractantes ¹.

La contradiction devient flagrante : l'organisation technique du service concédé est-elle contractuelle et intangible, ou réglementaire et modifiable ? Nous allons retracer rapidement les oscillations de la jurisprudence entre deux conceptions.

Section I

Les solutions anciennes

§ 1. — *Nature essentiellement contractuelle et rigide de la réglementation du service*

Revenons aux belles années de la concession de travaux

1. Sur l'intangibilité des situations juridiques particulières, voir Jèze, *Principes généraux*, t. I, p. 181 ; Duez, *Indépendance des autorités législatives et réglementaires dans la fixation des règles de droit*, p. 149.

publics traditionnelle : l'analyse contractuelle de l'opération ne soulève aucune objection, et les auteurs en tirent toutes les conséquences :

1° L'organisation du service concédé est une matière, non réglementaire, mais contractuelle ; elle trouve son principe dans l'accord des parties librement consentantes. Sauf disposition expresse de la loi ou du contrat, l'Administration ne peut intervenir dans l'organisation du service pour en réglementer unilatéralement le fonctionnement. Cette conception a trouvé un dernier écho dans la consultation célèbre produite par les grandes Compagnies de chemins de fer dans le débat sur la réintégration des cheminots : « Les compagnies jouissent, pour remplir leurs engagements, *d'une liberté d'action absolue* que justifie la responsabilité qu'elles ont vis-à-vis de l'Etat et vis-à-vis des usagers, et qui n'est et ne doit être limitée *que par les clauses contractuelles qu'elles ont librement acceptées* »¹.

2° Le plus souvent, en fait, l'Administration concédante trouve dans le contrat ou dans un texte un pouvoir de réglementation unilatéral ; la législation organique des principaux services contient le tableau détaillé de ses droits, elle en trace les limites. Rappelons seulement les textes célèbres des lois du 11 juin 1842 et du 15 juillet 1845 qui prévoient l'intervention de l'Etat dans l'exploitation des chemins de fer. Ce pouvoir réglementaire sera étroitement limité dans son exercice : le règlement édicté pour l'organisation du service va se trouver absorbé dans le Cahier des Charges avec lequel il fait corps, et qui lui communique par suite sa nature contractuelle².

1. Consultation Berthélémy, Lyon-Caen et autres sur les effets de l'amnistie, R.D.P. 1924, p. 625. Cf. Hauriou, note au S., 1904-3-49, sous Conseil d'Etat, 23 janvier 1903, *chemins de fer économiques du Nord* : « En dehors des pouvoirs réglementaires résultant de textes ou stipulés au contrat, aucune prescription réglementaire relative au service ne peut être imposée au concessionnaire ». Conseil d'Etat, 29 janvier 1892, *Tramways de Bordeaux*, S., 1893.3.153, 11 mars 1898, *Ministre des Travaux Publics*, p. 224.

2. Cf. Picard, *Traité des chemins de fer*, t. III, p. 361 : « L'administration peut, dans les contrats de concession, renoncer à une partie de ses pouvoirs, stipuler des restrictions et des conditions pour l'exercice de ses droits ». Conseil d'Etat 7 février 1913, *Tramways d'Aix-les-Bains*, p. 117 : (sur la nature de l'art. 41 décret du 6 août 1881) « Cons. que le Cahier des Charges de la concession des tramways d'Aix les Bains contient dans son art. 21 une référence expresse aux clauses ci-dessus rappelées, qui sont ainsi devenues des clauses contractuelles de cette concession ».

Que l'organisation du service soit déterminée par l'accord des parties, ou qu'elle fasse l'objet d'un règlement ensuite incorporé dans le contrat, sa nature est la même : essentiellement contractuelle, elle sera par suite intangible ; l'énumération des droits et des obligations du concessionnaire, librement acceptée par lui, ne peut être modifiée sans son assentiment ; l'analyse contractuelle de l'acte de concession conduit au principe de la rigidité du Cahier des Charges.

Rappelons l'arrêt célèbre du 23 janvier 1903, qui a consacré ce principe. La question se posait au sujet de la réglementation d'un service de chemin de fer d'intérêt local concédé ; le Préfet tient du décret du 6 août 1881 art. 33, le droit de fixer le tableau du service et les horaires sur les lignes de cette catégorie. Lorsque le Cahier des Charges d'une Compagnie prévoit qu'elle sera tenue d'assurer un nombre minimum de voyages, « cette clause implique l'abandon par l'Administration de son droit d'exiger un nombre de trains supérieur au chiffre minimum fixé par le contrat..., la matière est contractuelle exclusivement et non réglementaire » ; la détermination du service des trains par l'Administration compétente se trouve incorporée au contrat auquel elle sert de base ; le pouvoir réglementaire se fige dans le cadre contractuel ¹.

La conséquence, c'est l'annulation de la mesure prise par l'Administration en méconnaissance des stipulations du Cahier des Charges, et par laquelle elle voudrait modifier, au nom d'un pouvoir désormais aliéné, l'organisation intangible du service. L'annulation sera prononcée par le juge, non de l'excès de pouvoir, mais du plein contentieux : car le recours est fondé, non sur la violation du droit objectif, mais sur la méconnaissance d'une disposition contractuelle ².

La rigidité du Cahier des Charges conduisait à des con-

1. Conseil d'Etat, 23 janvier 1903, *Chemins de fer économiques du Nord*, p. 62 conclusions du commissaire du gouvernement Teissier, S., 1904-3-49, note Hauriou.

2. C'est manifestement à tort que certains soutiennent l'opinion contraire (v. Vegleri, *Les modifications apportées par l'administration à ses contrats*, p. 94) : la nature du recours résulte sans équivoque des termes de l'arrêt comme des conclusions du commissaire du gouvernement.

séquences manifestement regrettables : l'organisation des Services Publics doit évoluer en fonction des besoins du public ; si l'en subordonne cette nécessaire adaptation au bon vouloir du concessionnaire, le service concédé risque de s'enliser dans une inertie préjudiciable à l'intérêt général. Ces considérations ne semblent pas inquiéter les juristes : d'abord, disent certains, l'Administration n'est pas désarmée, elle peut rappeler le concessionnaire au respect de ses devoirs en le menaçant de la déchéance ; d'autre part, l'intérêt bien entendu du concessionnaire lui fera spontanément développer son exploitation, l'adapter aux besoins publics, pour réaliser des bénéfices plus élevés¹.

Ces moyens sont très insuffisants : la déchéance, d'abord, est une arme trop lourde pour être efficace ; elle ne saurait de plus être employée que si le concessionnaire manque à ses obligations, ce qui n'est pas le cas s'il se renferme dans le cadre de l'organisation contractuelle. L'intérêt du concessionnaire n'est pas toujours, d'autre part, d'organiser une exploitation intensive ni même suffisante du service : le concessionnaire de transports aura intérêt à raréfier ses voyages, afin que chacun d'eux fournisse le maximum ; le distributeur de gaz ou d'électricité délaissera les communes et les quartiers pauvres, où la consommation insuffisante ne rembourserait pas les frais d'établissement.

La rigidité absolue du Cahier des Charges était donc un danger : on a très vite compris la nécessité d'en tempérer l'application ; nous allons voir comment la théorie de l'ordre public opposé à la gestion, d'une part, et le régime particulier des chemins de fer d'intérêt général, d'autre part, en constituent le nécessaire contre-poids.

1. Voir les conclusions précitées du commissaire du gouvernement Teissier. Cf. Les conclusions du commissaire du gouvernement David, sous Conseil d'Etat 28 juin 1878, *Ministre des Travaux Publics*, p. 623 : « Sans doute les besoins de la population ne sont pas stationnaires ; ils peuvent s'accroître, se produire même à nouveau au cours de l'exploitation du chemin de fer ; il peut y avoir un intérêt considérable à ce que de nouvelles gares soient créées. Mais ces intérêts ne sont-ils pas suffisamment garantis par l'intérêt correspondant de la compagnie, qui est de suivre le développement de la population, du commerce et de l'industrie, pour accroître dans la même mesure ses transports » ?

§ 2. — *La théorie de l'ordre public opposé à la gestion des Services Publics*

Poussée à l'extrême de ses conséquences, la rigidité du Cahier des Charges priverait l'Administration de tout moyen d'action sur la gestion du service. Cette situation serait intolérable si elle risquait de sacrifier l'ordre et la sécurité publique à l'indépendance du concessionnaire. C'est pourquoi la doctrine a construit, et la jurisprudence consacré, une théorie qui vient tempérer utilement l'intangibilité de la réglementation du service : c'est la distinction bien connue de la police de l'ordre public et de la police de la gestion des Services Publics ¹.

L'Administration dispose de deux sortes de pouvoirs : ce sont d'une part « les pouvoirs de police, impartis à l'Etat par la nature des choses, impératifs, comme le droit de police qu'il exerce dans l'intérêt de la sécurité publique », d'autre part les droits de la police des Services Publics « qui ne dérivent pas de ses pouvoirs essentiels, de ses pouvoirs de souveraineté, mais de la qualité de mandataire, de *negotiorum gestor* des intérêts du public » ².

Les pouvoirs de réglementation des Services Publics sont, nous l'avons vu, susceptibles de restrictions contractuelles : lorsque la puissance publique concède le service, elle se dépouille dans le Cahier des Charges du droit d'en modifier l'organisation. Les pouvoirs de la police de l'ordre public sont au contraire inaliénables, ils restent extérieurs et supérieurs au contrat.

Le principe de cette distinction a été remarquablement développé par M. le commissaire du gouvernement Teissier dans ses conclusions dans l'affaire des Chemins de fer Economiques du Nord. Cette conception n'était d'ailleurs pas nouvelle : ³ elle procède en droite ligne de la théorie de la double personnalité morale de l'Etat ; l'action admi-

1. Pour un exposé d'ensemble, voir Ripert, *Des rapports entre les pouvoirs de police et les pouvoirs de gestion dans les situations contractuelles*, R.D.P. 1905, p. 5.

2. Teissier, conclusions précitées sous Conseil d'Etat 23 janvier 1903.

3. On en trouve le germe dans les conclusions de l'Avocat général Nicias Gaillard sous Cass. crim. 6 janvier 1848, *Chemin de fer d'Orléans*, D., 1848-1-42.

nistrative se développe dans deux sphères bien distinctes : comme puissance investie du droit de commander, l'Administration dispose de pouvoirs supérieurs et inaliénables ; comme organisme de gestion des Services Publics, sa personnalité se réduit à l'échelle du droit privé, elle tombe sous l'application du droit commun.

Les pouvoirs de police se présentent avec un double caractère :

1^o d'abord, *de généralité*.

Etant de l'essence même de la puissance publique, répondant à la fonction générale de l'Administration d'assurer l'ordre et la sécurité publique, ces droits existent indépendamment de tout texte réglementaire ou conventionnel ; l'autorité publique a en cette matière un pouvoir discrétionnaire et absolu. Et lorsqu'une disposition expresse de la loi consacre et organise les pouvoirs de police, elle doit recevoir une interprétation large et extensive ¹.

On a pu distinguer d'autre part la police générale de l'ordre public et la police spéciale de la sécurité du service : cette distinction n'affecte pas la nature même de ces pouvoirs, elle concerne seulement la répartition des compétences entre l'autorité municipale et l'Administration chargée de la gestion du service ².

2^o. ensuite, *d'inaliénabilité*.

C'est le caractère fondamental de la police de l'ordre public de n'être susceptible d'aucune restriction ; l'autorité chargée de la surveillance du service pourra donc légalement imposer au concessionnaire les mesures nécessaires à la sécurité de l'exploitation, les modifications exigées par l'intérêt de l'ordre et de la circulation sur la voie publique ; elle pourra légalement aggraver les obligations acceptées par le concessionnaire dans le Cahier des Charges : « les pouvoirs réglementaires de la police de l'ordre public ne sont pas liés par les stipulations des marchés. Il se peut

1. Cf. Colson, *Abrégé*, p. 111. Voir Conseil d'Etat, 27 juin 1878, *Compagnie du Nord*, p. 623, conclusions David et 24 novembre 1882, *Compagnie P.L.M.*, p. 936. conclusions Gomel.

2. Cf. Conseil d'Etat, 27 janvier 1899, *Compagnie des chemins de fer sur route d'Algérie*, S., 1899-3-89, note Hauriou, et 14 février 1908, *Tramways de Toulon*, p. 141.

qu'en les exerçant au détriment des concessionnaires les Administrations publiques s'exposent à des indemnités pécuniaires, mais elles peuvent exercer ces pouvoirs parce qu'elles n'y ont pas renoncé et qu'elles ne pouvaient pas y renoncer »¹.

L'ordre public et la gestion des Services Publics constituent d'ailleurs deux domaines bien distincts. L'Administration ne peut faire de ses pouvoirs de police un usage étranger aux nécessités de l'ordre public; elle excède ses pouvoirs en intervenant dans l'organisation des Services Publics pour soumettre à des prescriptions de police ce qui relèverait normalement de la gestion; le Conseil d'Etat a souvent censuré notamment l'immixtion du Préfet de Police dans la réglementation des services de transports en commun de Paris².

§ 3. — *La situation particulière des compagnies concessionnaires de chemins de fer d'intérêt général.*

Le premier correctif qu'apportait à la rigidité de l'acte de concession la distinction de l'ordre public et de la gestion était encore insuffisant.

Nous avons précédemment montré comment dans les concessions de chemins de fer d'intérêt général, de beaucoup les plus importantes, l'exploitation du service s'était rapidement révélée comme l'objet principal du contrat, alors que la construction et l'entretien de l'ouvrage passait au second plan. L'idée du Service Public acquiert une pré-

1. Hauriou, note précitée sous Conseil d'Etat, 23 janvier 1903. Cf. Conseil d'Etat, 4 août 1905, *Compagnie du chemin de fer Bone-Guelma*, p. 770 : les mesures prescrites visent les agents « dont le service peut intéresser la sécurité des trains et des manœuvres ; ainsi, la décision attaquée a été prise dans la limite des pouvoirs appartenant au Conseil général, et en vue de l'objet pour lequel ils lui sont conférée ». Conseil d'Etat, 28 février 1908, p. 196, 4 février 1910, p. 97 (10 espèces); 28 novembre 1913, p. 1187 (*affaires du Métropolitain de Paris*). Conseil d'Etat, 15 mars 1912, *Tramways électriques d'Angers*, p. 392; 13 décembre 1912, *Compagnie O.T.L.* p. 210; 4 juin 1924, *Compagnie française de tramways*, p. 554. Voir conclusions du commissaire du gouvernement Tardieu sous Conseil d'Etat, 6 décembre 1907, *Grandes compagnies*, p. 913.

2. Conseil d'Etat, 20 juillet 1900, *Compagnie des omnibus*, p. 497; 30 juin 1905, *Tramways de Paris*, p. 607; 7 août 1906, *Tramways de Paris*, p. 782, 25 mai 1906, *Tramways de Bordeaux*, p. 487.

pondérance si grande qu'elle va dominer les obligations des compagnies : les Cahiers des Charges leur imposent la continuité et la régularité de l'exploitation, l'égalité des usagers : « Ainsi, bien qu'en droit l'exploitation des voies ferrées ne fut pas considérée au XIX^e siècle comme un Service Public, elle en présentait en fait les principaux caractères : cette situation ne pouvait manquer d'exercer son influence sur le régime de la concession de chemins de fer, et de la différencier dès l'origine de celui des autres concessions de travaux publics alors existantes »¹.

L'influence de l'idée du Service Public se traduit par une extension considérable des pouvoirs de réglementation, qui marque le régime des chemins de fer d'un caractère tout particulier. Les lois organiques du 11 juin 1842, art. 9 et du 15 juillet 1845, art. 21, réservent à l'Administration des droits importants sur la police des chemins de fer, leur usage et leur exploitation. L'Ordonnance du 15 novembre 1846, rendue pour l'exécution de ces textes, ne craignit pas d'étendre ces pouvoirs au-delà des domaines de l'ordre et de la sécurité publique ; elle impose aux compagnies des mesures relatives à l'exploitation commerciale du service, à l'exploitation technique et à la commodité des usagers : elle aggravait ainsi, en dehors de toute nécessité de police et dans le seul intérêt du service, les obligations acceptées par les compagnies dans leurs Cahiers des Charges.

Aussi la régularité de l'Ordonnance de 1846 fût-elle vivement discutée ; elle dérogeait manifestement au droit commun de la concession de travaux publics. Les Compagnies élevèrent une protestation énergique contre la violation de leur contrat. Bien que la question ait depuis longtemps perdu tout intérêt pratique, des auteurs ont encore récemment soutenu que les lois de 1842 et de 1845 n'avaient pu donner au gouvernement le droit de modifier la situation que les Compagnies tenaient de leurs Cahiers des Charges, que par conséquent l'ordonnance de 1846 sortait des limites

1. Jansse, *Evolution de la notion de concession en matière de chemin de fer*, p. 73.

de la délégation contenue dans la loi ¹. Mais la jurisprudence administrative et judiciaire a fait justice des prétentions des compagnies, elle a proclamé la légalité des dispositions de l'ordonnance relatives à l'exploitation commerciale, à l'homologation des tarifs, aux mesures à prendre pour la commodité des usagers, et le droit pour l'Administration d'imposer aux Compagnies « toutes les mesures qui peuvent assurer la complète exécution des lois de concession quant aux garanties données aux diverses classes de voyageurs » ².

Le principe est donc admis, dès le milieu du XIX^e siècle, que la puissance publique dispose sur l'exploitation des chemins de fer concédés en raison de l'importance de ce service, d'un pouvoir de réglementation très général et très étendu ³.

Les Compagnies concessionnaires en ont pris leur parti, et les Cahiers des Charges de 1857, dans les art. 33 et 34, reproduisent les dispositions de l'Ordonnance de 1846 relatives aux droits de l'Administration. Cette consécration conventionnelle, impliquant la soumission des compagnies, coupait court à toutes les contestations soulevées par l'ordonnance, qui n'était pas encore apaisées. Était-elle juridiquement nécessaire ? On peut en douter, puisque le pouvoir de réglementation était reconnu par la jurisprudence ⁴. Elle devait en revanche avoir une conséquence imprévue et fort regrettable : les compagnies ne manquèrent pas de soutenir que l'adhésion donnée dans les nouvelles conventions aux dispositions litigieuses de l'ordonnance

1. Dereux, *De la nature juridique des tarifs de chemins de fer*, p. 87 et suiv. : « Le législateur l'eût-il voulu, il ne pouvait guère permettre au gouvernement d'empirer la situation assurée aux compagnies par une convention ».

2. Cass. Crim. 6 janvier 1848, *Chemin de fer d'Orléans*, D., 1848-1-42, conclusions de l'avocat général Nicias-Gaillard ; Cass. 22 avril 1854, *Audibert*, D., 1854-1-214 ; Conseil d'Etat, 21 avril 1863, *Dupont*, p. 485.

3. Voir Colson, *Abrégé*, p. 111-2 : « Le principe qui domine toutes les dispositions d'ordre technique destinées à assurer la régularité et la sécurité de la circulation sur les chemins de fer, c'est que l'autorité publique a en ces matières un pouvoir *discretionnaire et absolu*. Aujourd'hui on écarte ces clauses (limitant les obligations des compagnies) des Cahiers des Charges *comme portant sur des matières qui ont pour caractère essentiel de n'être pas contractuelles* ».

4. En ce sens, Lamé-Fleury, *Code annoté des chemins de fer*, p. 287 ; voir également sur ce point Jansse, *op. cit.*, p. 80 et suiv.

de 1846 entraînait leur incorporation au contrat ; que le pouvoir réglementaire accepté dans le contrat dont il constituait l'une des bases passait dans le domaine contractuel ; que l'Administration ne pouvait par la suite faire usage de ce pouvoir pour modifier l'organisation du service portée dans le Cahier des Charges : c'était le retour au droit commun de la rigidité de l'acte de concession.

Le problème devait se poser lorsque le décret du 1^{er} juillet 1901, modifiant l'Ordonnance de 1846, fut porté par les Compagnies devant le juge de l'excès de pouvoir. Nous verrons comment il fut tranché par le Conseil d'Etat.

Section II

Les conceptions nouvelles

§ 1. — *Le principe nouveau de la flexibilité du Cahier des Charges*

La conception contractuelle et rigide de l'organisation du service, malgré les tempéraments qui en limitaient l'application, entraînait des conséquences pratiques regrettables. Laisser au concessionnaire une autonomie trop grande, n'était-ce pas sacrifier l'intérêt général ? L'exploitation du service doit être organisée pour le public, sous le contrôle de l'autorité administrative ; la réglementation d'un Service Public, quelqu'en soit le mode de gestion, est une opération essentiellement administrative ; il semble dangereux d'en laisser l'initiative à un particulier, individu ou collectivité, ou seulement de la subordonner à son veto.

L'organisation du service se plie difficilement aux restrictions contractuelles, risque de se figer dans une immobilité préjudiciable à l'intérêt général ; comment prévoir l'adaptation nécessaire de l'exploitation aux besoins toujours nouveaux du public ? La réglementation des Services Publics doit être essentiellement souple, évolutive, afin de toujours répondre aux nécessités sociales. La concession du service à un particulier ne peut raisonnablement en

rendre l'organisation intangible, ce serait un résultat inacceptable : « L'Etat n'a pu aliéner son droit d'intervention pendant près d'un siècle à l'effet d'imposer aux compagnies concessionnaires toutes les améliorations que réclame l'intérêt public » (loi du 3 décembre 1908 sur les raccordements des voies ferrées et navigables, exposé des motifs).

Lorsque, dans la conception nouvelle de la concession, la gestion du Service Public se fut révélée comme le but essentiel de l'opération, un remaniement des principes de la réglementation du service s'imposa ; il devait aboutir au renversement des solutions traditionnelles.

Le principe nouveau de la flexibilité des Cahiers des Charges se trouve consacré voici bientôt trente ans par une jurisprudence constante :

1° *La réglementation de l'organisation du service concédé relève essentiellement de l'Administration concédante.*

L'Administration concédante est investie de pouvoirs réglementaires qu'elle tient parfois de l'acte de concession, le plus souvent de la loi¹ ; elle use de ses pouvoirs pour élaborer, en fonction des besoins du public, l'organisation du service. Presque toujours, en fait, la rédaction des Cahiers des Charges se fait sans le concours du concessionnaire, dont l'adhésion n'interviendra qu'ultérieurement ; l'adhésion a posteriori du concessionnaire, dans la signature du traité, laisse intact le pouvoir réglementaire ; aucune restriction contractuelle ne saurait l'entamer.

2° Plus important encore que le principe, voici son corollaire : *la réglementation du service peut être modifiée par la décision unilatérale de l'autorité concédante.*

L'adhésion du concessionnaire à l'organisation du service portée dans le Cahier des Charges ou dans les textes incorporés à cet acte ne peut faire obstacle aux modifications qui seraient reconnues nécessaires ; l'Administration est juge de ces nécessités, elle peut en conséquence imposer au concessionnaire d'adapter son exploitation aux exi-

1. Voir les conclusions des commissaires du gouvernement Tardieu, sous Conseil d'Etat, 6 décembre 1907, et Blum sous Conseil d'Etat, 11 mars 1910. Sur le principe initial, Jèze, *Principes généraux*, t. II, p. 66.

gences du public : c'est le retour du droit de la concession au droit commun des Services Publics.

C'est dans le domaine assez particulier des concessions de chemins de fer que le revirement de la jurisprudence s'affirme pour la première fois : dans son arrêt célèbre du 6 décembre 1907, le Conseil d'Etat rejette le recours formé par les grandes Compagnies de chemins de fer contre le décret du 1^{er} mars 1901 sur la police des chemins de fer. Comme nous l'avons vu, les Compagnies soutenaient que l'Ordonnance de 1846, ayant servi de base à la rédaction des Cahiers des Charges de 1857, était devenue partie intégrante du contrat, que le gouvernement ne pouvait la modifier sans par contre-coup porter atteinte aux droits de ses cocontractants. Par suite la réforme opérée dans le décret de 1901, qui étendait les pouvoirs réglementaires de l'Administration sur la police et l'exploitation des chemins de fer, constituait une violation flagrante du contrat.

Le Conseil d'Etat repoussa la prétention des compagnies : « les pouvoirs de réglementation exercés par l'Etat en matière de chemins de fer, bien que rappelés expressément par l'art. 33 du Cahier des Charges, dérivent des lois des 11 juin 1842 et du 15 juillet 1845, et non pas du contrat de concession, lequel ne saurait faire obstacle à leur exercice ; ainsi, en édictant le décret du 1^{er} mars 1901, le gouvernement a usé d'un droit qui lui appartenait »¹.

La nouvelle jurisprudence se précisa dans le domaine des concessions de chemins de fer d'intérêt local et de tramways. Rappelons l'arrêt célèbre du 11 mars 1910, *Ministre des Travaux Publics c/ Compagnie Française de tramways*, qui marque un revirement caractéristique sur l'arrêt du 23 janvier 1903, *Chemins de fer économiques du Nord* dans une situation presque identique. L'Administration concédante peut-elle, en vertu du pouvoir réglementaire prévu par la loi, modifier le tableau des services porté au Cahier des Charges ? Le Conseil d'Etat avait, dans son premier arrêt, répondu négativement. Invoquant cette jurispru-

1. Conseil d'Etat, 6 décembre 1907, (3 arrêts), p. 913, conclusions du commissaire du gouvernement Tardieu ; S., 1908-3-1, note Hauriou ; R.D.P., 1908, p. 58 note Jèze.

dence, la Compagnie concessionnaire des tramways de Marseille demandait l'annulation pour violation de son contrat d'un arrêté du Préfet des Bouches-du-Rhône fixant le service des trains: usant des droits qu'il tenait du décret du 6 août 1881, art. 33, le Préfet lui imposait un trafic supérieur à celui dont elle était tenue aux termes du Cahier des Charges. Le Conseil d'Etat rejette le recours et décide que « l'arrêté du Préfet des Bouches-du-Rhône a été pris dans la limite des pouvoirs qu'il tient de l'art. 33 du règlement d'administration publique du 6 août 1881, lesquels impliquent le droit pour l'Administration de prescrire les modifications et les additions nécessaires pour assurer dans l'intérêt du public la marche normale du service »¹.

La règle nouvelle implique un renversement total des principes antérieurement admis : ses répercussions se sont fait sentir jusque sur le terrain législatif. Le législateur n'a pas manqué d'invoquer la jurisprudence nouvelle consacrant le droit pour la puissance publique de modifier l'organisation des Services Publics concédés ; il a pu, sans soulever le grief d'atteinte aux contrats, aggraver les obligations de certains concessionnaires. Citons la loi du 5 novembre 1908 sur le raccordement des voies ferrées et navigables, qui autorise les concessionnaires d'outillage des ports à réclamer des compagnies de chemins de fer l'établissement d'embranchements particuliers. La loi faisait suite à un projet en suspens depuis 1903, qui avait soulevé l'opposition violente des compagnies : le droit d'embranchement est en effet prévu dans les Cahiers des Charges au profit de certaines entreprises limitativement énumérées ; l'extension par la loi du nombre des bénéficiaires de ce

1. Conseil d'Etat, 11 mars 1910, *Compagnie française de tramways*, p. 216 conclusion du commissaire du gouvernement Léon Blum. S., 1911-3-1, note Hauriou. R.D.P. 1910, p. 270, note Jèze. Voir également Conseil d'Etat, 4 février 1910, *chemin de fer métropolitain*, p. 97 (6^e et 7^e espèces). Otto Mayer, *Droit administratif allemand*, t. IV, p. 173 et suiv. : « Il ne suffit pas que l'entreprise soit suffisamment continuée et tenue en état, et que des inconvénients nouveaux soient écartés : on peut encore exiger une amélioration de l'entreprise et l'accroissement de son utilité pour l'intérêt public. Que cela se traduise par un surcroît de travail et de dépenses à la charge de l'entrepreneur, cela ne constitue pas un obstacle ». Cf. le procès du chemin de fer de l'Ouest Suisse c / Confédération, sur l'augmentation du nombre des trains (*ibid.* p. 174)

droit constituait une modification du contrat que l'indemnisation du concessionnaire n'aurait pas suffi à légitimer. L'objection devait disparaître avec le principe de la rigidité du Cahier des Charges ¹.

Le décret du 11 novembre 1917 sur l'exploitation technique des chemins de fer a été très loin dans cette voie ² : ce texte abandonne aux Compagnies quelques garanties de procédure, le droit notamment de formuler des observations et des propositions ; sous cette réserve, l'Administration dispose de pouvoirs à peu près discrétionnaires dans la réglementation du service³ ; assentiment du concessionnaire n'est pas nécessaire à la validité des mesures prescrites. Le décret de 1917 comprend d'une façon très large l'exploitation du service : le gouvernement peut imposer l'aménagement et l'extension de certains ouvrages nécessités par les besoins du service ; l'art. 85 permet au Ministre des Travaux Publics d'exiger des Compagnies l'adaptation des gares aux nécessités du trafic.

Le principe nouveau de la flexibilité du Cahier des Charges, dont nous venons de mesurer la grande portée pratique, ne fait que traduire en surface un bouleversement plus profond, qui atteint la structure même de la concession de Service Public. L'ancien principe de la rigidité répondait à une conception nettement contractuelle de l'organisation du service ; sans doute la nature juridique de l'organisation du service a-t-elle évolué en même temps que se développaient les pouvoirs d'intervention de la puissance publique.

C'est ce que nous allons chercher à approfondir : suivant la méthode que nous nous sommes imposés, de l'étude du droit positif que nous venons de faire, nous tenterons d'induire une conception doctrinale de la réglementation du service.

1. Voir Marlio, *Les raccordements*. Revue Pol. Parlem. 1909, t. LXI, p. 439.

2. Voir Thévenez, d'Hérouville et Bleys, *Législation des chemins de fer*, t. I p. 476.

§ 2. — *Influence des principes nouveaux
sur la conception juridique
de la réglementation du service*

Le revirement jurisprudentiel qui s'exprime dans le principe nouveau de la flexibilité du Cahier des Charges devait avoir en doctrine des répercussions profondes : il appelle un remaniement de la théorie générale de la concession de Service Public ; la vieille conception contractuelle risque de sombrer dans ce bouleversement.

C'est que, de plus en plus, l'idée du Service Public domine l'opération, avec ses exigences pratiques et ses postulats juridiques ; l'organisation du service a fait éclater le vieux cadre contractuel ; elle prétend évoluer librement sur le terrain réglementaire.

On a cependant voulu justifier la solution nouvelle de la flexibilité des Cahiers des Charges sans sacrifier la théorie traditionnelle. L'acte de concession est bien un contrat, uniquement un contrat : si l'organisation du service concédé est cependant modifiable, c'est que le contrat laisse intact le pouvoir réglementaire, l'Administration n'ayant pu aliéner ni restreindre ses pouvoirs de gestion. La police de la gestion des Services Publics n'est en effet pas moins essentielle que la police de l'ordre public ; la gestion des services est pour l'Etat une charge aussi importante que le maintien de l'ordre ; nous n'en sommes plus à la distinction des services obligatoires et facultatifs de l'Etat. Il est par suite normal que la jurisprudence étende aux pouvoirs de gestion l'inaliénabilité des pouvoirs de police, et que « les pouvoirs de gestion deviennent, comme les pouvoirs d'autorité, de véritables pouvoirs de souveraineté, imprescriptibles et inaliénables »¹.

Sans vouloir discuter cette conception, nous croyons qu'elle aboutit inévitablement, contre le gré de ses auteurs, à éliminer tout élément contractuel de la réglementation du service.

1. Jansse, *Evolution de la notion de concession de travaux publics en matière de chemins de fer*, p. 34. Voir également Chabanne, *Recours au profit du concessionnaire de service public*, p. 67.

Le pouvoir réglementaire de l'Administration concédante ne peut être lié ni restreint par le contrat ; l'Administration conserve l'intégralité de ses droits sur l'organisation du service, qu'elle est toujours libre de modifier. Comment peut-on soutenir que l'organisation du service soit de nature contractuelle ? Le contrat, acte juridique créateur d'une situation juridique individuelle et intangible, serait-il modifiable par la volonté unilatérale de l'un des contractants ? L'objet du contrat, le contenu de la situation juridique du concessionnaire, c'est un ensemble de droits et d'obligations relatifs à la gestion du service. Ce pouvoir réglementaire dont on admet l'inaliénabilité, c'est le même par lequel l'Administration a fixé les conditions du contrat, c'est par lui que s'est exprimée la volonté de l'Administration au contrat. Prétendre qu'il survive au contrat, c'est en même temps délier l'une des parties : quel est ce singulier contrat qui laisse intact le droit pour l'une des parties d'en modifier unilatéralement les clauses ? Le lien contractuel s'évanouit au contact du pouvoir réglementaire.

En fait, la flexibilité de l'organisation du service implique inévitablement sa nature réglementaire : c'est parce que la matière elle-même est réglementaire que « l'Administration ne saurait valablement faire passer dans le domaine contractuel par la voie de la convention, les règles relatives à l'organisation même du Service Public »¹.

Lorsque l'Administration concédante établit dans le Cahier des Charges les conditions de fonctionnement du service, elle exerce une compétence légale qui ne s'épuise pas au premier exercice, qui échappe d'autre part à l'emprise du lien contractuel ; la réglementation du service concédé place le concessionnaire dans une situation impersonnelle et objective, à l'égal d'une loi matérielle. Nous avons dit bien des fois que le procédé de gestion du service n'en altérerait pas la nature ; l'organisation du service concédé, comme l'organisation de tout Service Public, est une matière réglementaire, qui par suite ressortit de la compé-

1. Duez, *Indépendance des autorités législative et réglementaire*, p. 275.

tence de l'autorité administrative, qui d'autre part doit évoluer en fonction des besoins du public.

Voilà donc la réglementation des services concédés soumise au régime du droit commun des Services Publics ; l'Administration et le concessionnaire étaient à l'origine considérés comme deux parties égales devant le contrat : le rôle de l'Administration grandit tandis que l'autonomie du concessionnaire décline. Nous sommes nettement orientés dans la voie de l'intégration du service concédé dans l'institution administrative.

Ce principe une fois posé demande aussitôt à être précisé : nous aurons à étudier ultérieurement si les dispositions relatives aux conditions de fonctionnement du service ne peuvent être envisagées sous un autre aspect, relatif à l'organisation financière du service. Mais nous devons au préalable délimiter la portée d'application de notre solution.

Il est bien certain que dans l'acte de concession bien des clauses n'ont avec l'organisation du service qu'un rapport éloigné : ce sont en particulier les dispositions relatives aux rapports financiers du concessionnaire et de l'Administration. Etrangères à la réglementation du service, ces clauses présentent un caractère certainement contractuel. A côté de l'élément réglementaire et flexible co-existe donc, dans la concession de Service Public, un élément contractuel et rigide : ce sont les relations personnelles de l'Administration concédante et du concessionnaire, constitutives au profit du concessionnaire de droits subjectifs, d'une situation juridique individuelle.

L'intangibilité de la situation juridique individuelle est un principe bien établi ; sur les dispositions contractuelles de l'acte de concession, le pouvoir de décision unilatérale de la puissance publique disparaît. L'Administration concédante ne peut modifier, compléter ni même interpréter sans l'accord du concessionnaire les clauses étrangères à l'organisation du service¹ : les parties se retrouvent devant le contrat sur un pied d'égalité.

1. Voir Joseph Barthélémy, *L'Etat et le contrat* R.D.P. 1911 ; p. 129 ; Rolland, *Du droit pour le législateur de compléter ou d'interpréter les disposi-*

La concession de service public comporte donc, considérée sous l'angle de la réglementation du service, deux éléments hétérogènes : l'élément réglementaire, qui concerne les conditions de fonctionnement du service, l'élément contractuel, étranger à la réglementation du service. On saisit à première vue l'intérêt capital qu'il y a à faire le partage exact de ces deux éléments, à délimiter leurs domaines respectifs. Les clauses réglementaires et les clauses contractuelles se rencontrent indifféremment dans les Cahiers des Charges, les traités et autres documents de l'acte de concession : aussi la tâche est-elle souvent malaisée ; si certaines dispositions de l'acte de concession, — les clauses déterminant le service à fournir, les clauses financières prévoyant les subventions et garanties d'intérêt —, se classent d'elles-mêmes, les unes du côté réglementaire, les autres du côté contractuel, beaucoup se présentent sur la frontière un peu incertaine de ces deux domaines.

Nous allons donc, avant d'aller plus loin, nous attacher à dénombrer les différents éléments de la partie réglementaire, sur lesquels s'exercent librement les pouvoirs inaliénables de l'autorité concédante. Nous ne pourrions préciser la physionomie générale de la concession de Service Public qu'à la condition de connaître, non seulement la nature juridique, mais aussi le *contenu* de la réglementation du service.

ctions de l'acte de concession, R.D.P. 1910, p. 116. Voir de plus les discussions sur le rachat du réseau de l'Ouest, le discours de M. Millerand (*Journal Officiel*, Chambre, 1909, p. 3145).

CHAPITRE II

LES ELEMENTS DE LA REGLEMENTATION DU SERVICE

Le problème du critérium des deux éléments de la concession partage la doctrine contemporaine entre deux théories.

La théorie de M. Duguit est nettement extensive de l'élément réglementaire : « Sont clauses contractuelles toutes les dispositions qui ne seraient pas concevables si le Service Public était exploité en régie... Au contraire, sont clauses réglementaires formant véritablement la loi du service celles qui contiennent des dispositions concevables et existant en fait pour un Service Public exploité directement par l'administration »¹. Et l'auteur réunit les éléments de la loi du service sous ces trois chefs : les conditions de l'exploitation, les tarifs, la situation du personnel.

Dans une conception beaucoup plus restrictive, M. Joseph Barthélémy oppose l'organisation du service, qui est le but, et l'exploitation commerciale, qui est le moyen.

L'Administration peut toujours définir et modifier le but, c'est-à-dire le service à fournir au public ; le concessionnaire reste maître des moyens, dans les conditions arrêtées pour toute sa durée par l'acte de concession ; tout ce qui concerne les moyens financiers de la gestion du service constitue un domaine contractuel immuable².

1. *Droit constitutionnel*, t. I, p. 421, Cf. *Transform. du droit public*, p. 135, *Transformation du droit privé*, p. 127.

2. Joseph Barthélémy, *L'Etat et le contrat*, R.D.P. 1911, p. 129.

Nous n'entrerons pas dans la discussion de ces deux théories, auxquelles nous reprochons leur caractère commun d'a priorisme: il est toujours facile d'énoncer un principe qui par sa généralité même semble défier la critique; les difficultés commencent lorsqu'on descend dans l'application pratique. Plutôt que de tirer des déductions d'un postulat initial, nous préférons examiner en particulier chaque élément de l'organisation du service dans ses caractères intrinsèques.

Or, si nous prenons les trois éléments qui, d'après Duguit, constituent l'objet de la loi du service, la nature du premier ne saurait soulever aucun doute: il est bien certain que les dispositions relatives aux conditions de l'exploitation rentrent dans la notion de la réglementation du service.

Les deux autres éléments, au contraire, prêtent à discussion.

Les tarifs, d'abord, et en général les clauses qui ont une répercussion directe sur l'économie financière de la concession, semblent investir le concessionnaire de droits subjectifs; le concessionnaire n'a-t-il pas un droit contractuel à la perception des redevances, éventuellement à l'exploitation exclusive du service? Par contre, ces dispositions ne font-elles pas partie intégrante de l'organisation objective du service? Ce sera un premier point à éclaircir.

Les relations du concessionnaire et de son personnel soulèvent de très délicates questions. La réglementation du service s'étend-elle à l'organisation intérieure de l'exploitation? l'Administration concédante peut-elle intervenir dans ce domaine, est-elle liée au contraire par les stipulations de l'acte de concession? On peut hésiter, car l'organisation intérieure n'est pas sans influence sur le fonctionnement du service, mais son influence n'est qu'indirecte.

1. Voir, comme une application de la méthode déductive, l'étude du Cahier des Charges des Compagnies de chemins de fer, et la classification de ses clauses, dans Rieu, *Nature juridique de la concession de travaux publics*, Thèse, Paris, 1923, p. 33-8.

Section I

Nature juridique des dispositions qui fixent les droits du concessionnaire dans l'exploitation du service

§ 1. — *Les tarifs*

L'importante question de la nature juridique des tarifs se pose sous deux angles bien distincts : dans les rapports du concessionnaire avec l'Administration, d'une part, avec les usagers, d'autre part. Nous l'envisageons ici sous son premier aspect.

Les tarifs constituent l'élément essentiel de l'économie financière de l'exploitation. On en conclut, dans une première opinion, que le concessionnaire a un droit subjectif au bénéfice des tarifs, ceux-ci constituant des dispositions contractuelles que l'Administration ne peut en principe modifier sans l'accord de son cocontractant ¹.

Il semble pourtant difficile de classer dans la partie contractuelle des dispositions dont la répercussion sur le public est aussi directe : nous verrons d'ailleurs plus loin qu'à l'égard des usagers la nature réglementaire des tarifs n'est plus discutée. Les tarifs, qui déterminent les redevances auxquelles sera subordonnée la prestation du service, sont partie intégrante de l'organisation, des conditions de fonctionnement du service. La théorie adverse confond en réalité deux points de vue que nous nous sommes attachés à distinguer : le point de vue objectif de l'organisation technique du service, que seul nous considérons actuellement, et le point de vue subjectif de la garantie des droits du concessionnaire, que nous étudierons ultérieurement ; nous aurons par la suite à voir si l'intervention de l'Administration n'entraîne pas certaines compensations pécuniaires ; actuellement, nous considérons

1. Voir Blaevoet, *Des modifications apportées au régime des distributions d'énergie électrique*, R.D.P. 1926, p. 53.

uniquement la portée des pouvoirs d'intervention. A ce point de vue, nous ne croyons pas douteux que le pouvoir réglementaire s'étende sur les tarifs, élément de l'organisation flexible du service.

Cette conception est d'ailleurs confirmée par ses conséquences :

1° *L'autorité concédante a seule qualité pour élaborer les tarifs : la matière relève du pouvoir réglementaire*¹.

L'organisation des services comporte en général deux catégories de tarifs. Les tarifs des Cahiers des Charges, comme toutes les dispositions de cet acte, sont établis par l'Administration compétente sans le concours du concessionnaire, dont l'adhésion n'intervient qu'après coup, avec les effets de droit que l'on sait. Les tarifs homologués sont proposés par le concessionnaire dans les limites du maximum du Cahier des Charges ; l'homologation qui intervient ensuite est plus qu'un simple visa de l'autorité publique : c'est elle qui donne au tarif son existence juridique ; le tarif n'existe que par l'homologation ; l'intervention du concessionnaire constitue une simple forme, mais non une participation, en qualité de coauteur, à l'acte juridique d'établissement du tarif².

2° *L'Administration, sous réserve des conditions de forme prévues par la loi, a le pouvoir de modifier les tarifs, notamment de les réduire, sans l'assentiment du concessionnaire et même contre sa volonté.*

Cette règle est juridiquement et socialement nécessaire : les tarifs ont une influence primordiale sur la marche générale des Services Publics, et par contre-coup sur l'ensemble de l'économie nationale ; que l'on songe aux répercussions des prix de transports par chemins de fer sur le commerce, sur le rythme des échanges, des transactions. On comprend que les pouvoirs publics aient l'impérieux devoir d'en assurer l'adaptation constante suivant les nécessités de l'heure. L'Administration doit être maîtresse

1. Jèze, *Contrats administratifs*, R.D.P. 1932, p. 581 et suiv.

2. Jeze, *loc. cit.*, *ibid.*

des tarifs : ce n'est qu'une application du grand principe que les services publics ne doivent pas être exploités « commercialement », que le tarif des prestations fournies par le service doit être déterminé, non librement par les lois de l'offre et de la demande, mais impérativement d'après l'intérêt général.

On a bien inutilement soulevé des controverses autour de textes législatifs récents réglant les pouvoirs de l'Administration sur les tarifs de certains services :

a) Dans le nouveau régime des chemins de fer d'intérêt général, le Ministre des Travaux Publics peut, avec l'assentiment du Conseil des Ministres, requérir l'abaissement des tarifs spéciaux dont le taux lui paraîtrait contraire à l'intérêt général, et l'imposer aux compagnies (Convention du 28 juin 1921, art. 9). On a soutenu que cette disposition conférait au gouvernement des pouvoirs exorbitants, et dérogeait au droit commun¹ : nous croyons au contraire qu'elle ne fait qu'appliquer un principe bien établi du droit de la concession de Service Public.

b) Mêmes discussions au sujet des tarifs des concessions de distribution d'énergie électrique : la loi du 27 février 1925 art. 16, porte que les clauses de révision des tarifs de base et du terme correctif insérée à l'art. 11 du Cahier des Charges type seraient applicables de plein droit aux concessions antérieures à la loi. Pour certains auteurs, cette disposition porterait atteinte aux droits des concessionnaires, ayant pour conséquence de les priver éventuellement d'une partie des bénéfices que leur promettaient leurs contrats². C'est méconnaître le véritable caractère des tarifs, dont la rigidité serait gravement préjudiciable à l'intérêt public.

3° *Seule l'Administration responsable du service a qualité pour fixer et modifier les tarifs* : ce droit doit être en particulier refusé au juge du contrat.

La question s'est posée dans des termes célèbres quand, au cours de la guerre, de nombreux Conseils de Préfecture

1. Thévenez, d'Hérouville et Bleys, *op. cit.*, t. I, p. 559.

2. Blaevoet, *Des modifications apportées au régime des distributions d'énergie électrique*, R.D.P., 1926, p. 53.

prétendirent faire droit aux demandes en indemnité formées par les Compagnies gazières en leur accordant un relèvement provisionnel des tarifs de distribution. On justifiait cette solution par la thèse suivante : le tarif n'était, vis-à-vis de l'Administration, que le prix contractuel de la fourniture du gaz ; le juge du contrat, ayant le pouvoir de fixer le montant de l'indemnité due au concessionnaire, pouvait également la liquider sous forme d'un supplément de redevance¹.

Cette pratique a été condamnée par le Conseil d'Etat : la distribution du gaz est un Service Public dont l'organisation ne relève ni du concessionnaire ni des tribunaux ; le tarif de distribution n'est pas un prix contractuel, c'est un élément de la réglementation du service ; c'est un acte réglementaire que seule peut modifier l'Administration concédante².

§ 2. — *Le droit du concessionnaire à l'exploitation exclusive du service*

I

Les traités de concession garantissent souvent au concessionnaire le droit à l'exploitation exclusive du service ; sans lui accorder un monopole de droit, les Administrations s'interdisent d'accorder aucune concession ou permission à un industriel concurrent ; on a même pu soutenir que la clause devait être sous-entendue dans tous les traités, et que le régime de l'exploitation exclusive était de l'essence même de la concession de Service Public.

Dans quelle mesure les pouvoirs de l'Administration

1. Voir en ce sens note anonyme, *Revue des Concessions*, 1918, p. 263, Conseil de Préfecture de Seine-Inférieure, 7 juillet 1916, *Gaz de Rouen*, de la Marne, 15 juillet 1916, *Gaz de Vitry-le-François*, des Deux-Sèvres, 7 août 1916, *Gaz de Bressuire*, dans la *Revue des Conc.* 1916, p. 314 et suiv. Voir aussi plusieurs arrêtés du Conseil de Préfecture de Seine-et-Oise, *Revue des Concessions*, 1917, p. 201 et suiv.

2. Conseil d'Etat, 13 décembre 1918, *Ville de Vitry-le-François*, *Revue des Concessions*, 1918, p. 263, 25 juillet 1919, *Gaz de Constantine*, p. 680, 12 décembre 1919, *Gaz de Vendôme*, p. 903, etc... Voir Jèze, *La guerre et les concessionnaires de Services Publics*, R.D.P. 1916, p. 206.

concedante sont-ils liés par des engagements de cette nature ?

Cette question a donné lieu à une jurisprudence célèbre dont les revirements sont intimement liés à l'évolution de la théorie juridique de la concession.

C'est dans le domaine des services de distribution du gaz que le problème s'est présenté pour la première fois, dans les dernières années du XIX^e siècle. On sait que la plupart des villes avaient concédé aux Compagnies gazières le service de l'éclairage public et privé ; les traités portaient en général que la compagnie concessionnaire serait pour toute la durée de la concession « chargée exclusivement de l'entreprise de l'éclairage public de la ville ». Les municipalités voulant par la suite faire profiter les usagers de l'éclairage électrique concédèrent ou autorisèrent l'exploitation par des industriels de ce nouveau procédé d'éclairage. La concession primitive, faite à titre exclusif, pouvait-elle faire obstacle à la réorganisation du Service Public de l'éclairage ?

Ainsi naquit la fameuse « querelle du gaz et de l'électricité ».

La première jurisprudence ne fut guère favorable aux progrès techniques de l'éclairage : se tenant à l'étroite interprétation des dispositions « contractuelles » du traité, le Conseil d'Etat prétendit interdire aux municipalités d'autoriser la distribution de l'électricité par un entrepreneur concurrent, concessionnaire ou permissionnaire, sans qu'elles puissent d'ailleurs imposer aux concessionnaires du gaz l'adaptation de leur exploitation à la production de l'énergie électrique¹. Sans doute l'autorisation donnée à l'électricien est-elle valable, elle ne peut être annulée pour excès de pouvoir ; mais, prise en violation des engagements contractés par la commune envers le concessionnaire de l'éclairage au gaz, elle met en jeu la responsabilité de l'Administration vis-à-vis de son cocontractant. Aussi le Conseil d'Etat condamna-t-il les municipi-

1. Voir Hauriou, *Danger des monopoles de fait établis par occupation de la voie publique*. R.D.P. 1894, t. I, p. 78. ; Cruveilhier, *Les concessions d'éclairage*, Rev. gén. admin. 1898-9.

palités à de lourdes indemnités pour atteinte aux droits que les concessionnaires tenaient de leurs traités¹.

C'était empêcher pratiquement l'Administration de réorganiser le service de l'éclairage, et sacrifier l'intérêt du public à celui du concessionnaire : un Service Public d'une importance considérable dans les villes allait, pour une durée souvent très longue, se voir paralysé dans son développement. Ainsi la conception nouvelle de la concession de Service Public, dans laquelle la gestion du service tend à dominer de ses exigences les rapports de l'Administration concédante et du concessionnaire, appelait un revirement de la jurisprudence. Les stipulations du contrat ne sauraient faire obstacle à la réorganisation du service ; les conditions d'exploitation du service ne peuvent échapper à l'emprise du pouvoir réglementaire ; le concessionnaire ne peut avoir par suite aucun droit subjectif au maintien d'un régime qui, pour lui être favorable, n'est pourtant qu'un simple élément des conditions générales de fonctionnement, de la réglementation générale du service.

Dès les premières années du XX^e siècle, le Conseil d'Etat pose le principe d'une nouvelle interprétation des traités : la commune mettra le concessionnaire en demeure d'adapter son exploitation au nouveau procédé d'éclairage afin d'en assurer la distribution ; en cas de refus, elle reprend sa liberté et pourra par suite concéder à un tiers la distribution de l'électricité. Sans doute les Compagnies du gaz avaient-elles le privilège de l'éclairage par n'importe quel moyen, « mais ce privilège n'est pas à leur profit unilatéral, il a quelque chose de bilatéral ; en même temps qu'il constitue un monopole pour elles, il constitue pour les villes un Service Public... Or, tout Service Public demande à être assuré et assuré pour le mieux, le service de lumière concédé doit être assuré par le concessionnaire comme la ville l'aurait assuré, d'une façon progressive ;

1. Jurisprudence inaugurée par Conseil d'Etat, 26 décembre 1891, *Ville de Saint-Etienne et Ville de Montluçon*, S., 1894-3-1, note Hauriou et conclusions Valabrègue. Voir les notes du Professeur Hauriou au S., 1896-3-129, 1897-3-17 et 1900-3-89. Sur les sanctions, l'opposition du recours pour excès de pouvoir et du recours de pleine juridiction, voir Conseil d'Etat, 2 février 1894, *Veuve Stears*, p. 84.

le monopole indéfini devient la source d'une obligation indéfinie »¹. Cette solution réserve donc le droit pour l'Administration concédante de réorganiser le service et d'en assurer l'adaptation aux conditions économiques et techniques nouvelles, et même le cas échéant de créer un service complémentaire du service concédé déjà existant².

Le même principe a reçu une application récente dans un domaine bien différent : il s'agit de la concurrence entre les différents procédés de transports en commun, née du développement des transports automobiles : alors que la querelle du gaz et de l'électricité venait à peine de s'éteindre, voici la querelle du rail et de la route. Les concessionnaires de chemins de fer d'intérêt local et de tramways n'ont pas manqué de se plaindre du détournement de leur trafic au profit des entreprises libres de transports automobiles, d'invoquer les garanties stipulées à leur profit. Sans doute l'Administration peut-elle parer à cette situation en arrêtant l'essor des entreprises nouvelles : elle peut les soumettre à un régime rigoureux et restrictif. Le Conseil d'Etat, revenu de ses précédents errements, n'a pas imposé cette solution dangereuse. « L'Administration ne peut pas, du seul fait qu'un Service Public de transports existe, interdire la concurrence ; encore faut-il que le Service Public réponde mieux que ne pourrait le faire l'entreprise privée concurrente aux besoins des usagers et aux intérêts largement entendus de la collectivité.... Elle doit intervenir dans l'organisation de l'ensemble des transports pour lui donner sa forme la plus rationnelle et la plus économique »³.

En résumé, la garantie de l'exploitation exclusive du service n'est qu'un élément de l'organisation réglementaire et flexible du service : elle ne peut faire obstacle à l'adaptation du service aux exigences du public ; le con-

1. Hauriou, note sous Conseil d'Etat, 3 mai 1912, *Gaz. d'Argenton*, S., 1914-3-65.

2. Conseil d'Etat, 22 juin 1900, *Commune de Maromme*, p. 415, 10 janvier 1902, *Gaz de Deville les Rouen*, S., 1902-3-17, note Hauriou.

3. Laroque, note sous Conseil d'Etat, 16 juin 1933, *Ramel. S.*, 1933-3-113. Voir sur ce point Bettinger, *Situation juridique du concessionnaire de transports en commun à l'égard de la concurrence*, Thèse, Paris, 1933, et Conseil d'Etat, 29 janvier 1932, *Autobus antibois*, S., 1932-3-65, note Laroque et 13 janvier 1933, *Mironneau*, S., 1933-3-41, note Laroque.

cessionnaire n'en conservera le bénéfice qu'à la condition le cas échéant d'apporter à son exploitation les modifications et les extensions reconnues nécessaires¹.

II

Nous irons même plus loin.

Le concessionnaire a-t-il un droit subjectif, non plus à l'exploitation exclusive, mais à l'exploitation même, à l'exploitation pure et simple du service ? L'acte de concession lui ayant accordé la gestion du service pour une durée déterminée, peut-elle lui être retirée avant terme ?

Il semblerait à première vue que les clauses qui fixent la durée de la concession soient de nature contractuelle ; que l'Administration, libre de bouleverser l'organisation du service, doive au moins en laisser l'exploitation à son concessionnaire.

Mais la concession n'est en fait qu'un procédé technique choisi entre plusieurs pour la gestion du service ; le mode de gestion d'un service n'est pas incommutable ; l'Administration doit pouvoir reprendre en mains l'exploitation du service concédé, si cela lui paraît opportun : « dans toute concession, le droit de rachat est sous-entendu »².

Ce qui ne signifie pas, bien entendu, qu'elle ait le droit d'évincer le concessionnaire au gré de sa fantaisie. Le rachat suppose l'observation de formes rigoureuses et la garantie des intérêts légitimes du concessionnaire ; il s'exerce sous la surveillance du juge du contrat, qui a le pouvoir d'annuler toute mesure tendant, par des voies détournées, à frustrer le concessionnaire de ses droits. L'Administration concédante pense-t-elle opérer le rachat à peu de frais en prononçant la déchéance sous un prétexte fallacieux, ou en accu-

1. Cf. Conseil d'Etat, 26 mai 1930, *Viette*, p. 564. Le Cahier des Charges de la concession porte que le concessionnaire de distribution d'énergie électrique ne sera pas tenu d'user d'une force de plus de 70 C.V. : il n'en est pas moins tenu de répondre aux exigences du public et d'adapter son exploitation aux besoins nouveaux, faute de quoi il ne saurait se prévaloir de son privilège. Sur cette question, voir Jèze, *Principes généraux*, t. II, p. 72, *Contrats administratifs*. t. I, p. 104.

2. Voir Jèze, *Contrats administratifs*. t. II, p. 256 et suiv., *Principes généraux*, t. II, p. 74.

lant le concessionnaire à la déchéance par une mesure appropriée : le juge saura la rappeler au respect de ses obligations contractuelles¹.

Section II

L'organisation intérieure du service :

Les rapports du concessionnaire avec son personnel

Les Cahiers des Charges renferment fréquemment des clauses intéressant la situation des ouvriers et employés du service concédé : ces dispositions se superposent à la législation générale du travail ; elles imposent aux concessionnaires des sujétions particulières quant aux salaires, aux pensions d'invalidité et de retraite, aux heures de travail, etc...

Cette sollicitude des pouvoirs publics à l'égard du personnel des services concédés ne s'arrête pas là ; l'Administration a prétendu en maintes circonstances étendre les obligations acceptées par les concessionnaires dans les Cahiers des Charges. Les compagnies concessionnaires ont, bien entendu, vigoureusement protesté, et soulevé la question de l'exacte étendue des pouvoirs d'intervention de l'Administration dans l'organisation intérieure des services concédés.

La question présente un très vif intérêt pratique et juridique : les dispositions des Cahiers des Charges relatives au statut du personnel sont-elles des clauses contractuelles dont l'Administration ne peut par la suite aggraver la portée ? faut-il au contraire les considérer comme un élément de l'organisation du service, tombant sous l'emprise du pouvoir réglementaire ?

Nous devons au préalable esquisser une rapide analyse

1. Voir les conclusions précitées du commissaire du gouvernement Blum sous Conseil d'Etat 11 mars 1910, *Compagnie française de tramways*, et les discussions relatives au rachat du réseau de l'Ouest, la proposition de Jaurès tendant à fixer unilatéralement les conditions du rachat : *Journal Officiel Débats parlementaires* Chambre 1909, p. 3140.

de la situation juridique du personnel des services concédés : l'étendue des pouvoirs d'intervention en dépend étroitement.

§ 1. — *La situation juridique du personnel des Services Publics concédés*

On a discuté à l'infini sur la situation juridique des fonctionnaires, des ouvriers, et des employés des Administrations publiques : la question qui nous occupe ici est encore plus complexe.

De ce que le service concédé reste un Service Public, certains concluent, avec Duguit, que les agents du concessionnaire sont de véritables fonctionnaires, soumis par suite à un statut réglementaire : « Les agents normaux et permanents des Services Publics, même concédés, sont des fonctionnaires ; notamment tous les employés des chemins de fer, même concédés, qui sont pris dans les cadres normaux et permanents du service, sont de véritables fonctionnaires auxquels s'applique tout ce qui concerne les fonctionnaires en général, notamment la prohibition des syndicats et des grèves »¹.

Beaucoup d'auteurs contemporains, suivant la ligne de la théorie traditionnelle, affirment au contraire le caractère strictement contractuel des relations du concessionnaire avec ses agents, liés par un louage de services ressortissant du droit privé².

Entre ces deux opinions extrêmes, M. Jèze distingue entre les employés agréés par l'Administration, qui sont de véritables agents publics, et les employés non agréés qui sont liés au concessionnaire par un louage de services³.

1. Duguit, *Droit constitutionnel*, t. III, p. 20-1. Cf. Chardon, *Le pouvoir administratif*, p. 135 : « Le procédé par lequel le gouvernement assure la direction générale et l'organisation financière d'un Service Public — car la concession d'un chemin de fer à une Compagnie n'est pas autre chose — ne change rien à la nature du Service Public et au caractère des agents qui accomplissent ce service ».

2. Voir en particulier la consultation Berthélémy, Lyon-Caen et autres sur les effets de l'amnistie.

3. Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, t. II, p. 274 et suiv. *Les effets de l'amnistie*, R.D.P. 1924, p. 621.

Mais n'est-il pas difficile de faire reposer une opposition aussi radicale sur un élément apparemment très secondaire ?

En fait, des études récentes ont mis en lumière l'extrême complexité de la situation du personnel des services concédés, complexité que semblent méconnaître les théories précédentes. Les relations du concessionnaire et de ses agents sont dominées par ces deux idées quelque peu contradictoires ¹ :

1° *Les parties sont liées par un contrat de louage de services* obéissant aux règles du Code du travail, soumis à la compétence des tribunaux judiciaires. Dans l'opinion dominante, la situation est d'ailleurs la même pour le personnel employé et ouvrier des services industriels exploités en régie ². Normalement, l'agent tient son titre du concessionnaire qui le choisit librement ; l'agrément éventuel de l'Administration ne saurait donner à ce contrat à base de consentement réciproque le caractère d'une nomination unilatérale ; la dépendance directe vis-à-vis de l'autorité administrative, caractéristique de la fonction publique, disparaît du fait de l'interposition du concessionnaire.

2° L'exécution du contrat se trouve en revanche *fortement influencée par le fait de la collaboration au Service Public* :

a) Appelé à collaborer à l'exécution du service, l'agent du concessionnaire se soumet aux sujétions de la vie administrative, ses obligations sont dominées par les nécessités du fonctionnement régulier et continu du service ; toute activité préjudiciable au bon fonctionnement du service doit être rigoureusement prohibée. Le « droit » de grève, peut-être même — c'est beaucoup plus douteux — la liberté syndicale, doivent être refusés aux employés et ouvriers des Services Publics, même concédés ³.

1. Voir en particulier, Bastid, *Situation juridique du personnel des Services Publics concédés*, Revue Politique et parlementaire, 1930, t. CXXXV, p. 235, également Rolland, *La grève des agents d'un Service Public concédé*, R.D.P. 1910, p. 504.

2. Voir Hauriou, *Droit administratif*, 11^e édition, p. 613.

3. Au sujet du droit de grève, voir notamment la critique vigoureuse de la thèse défendue au Parlement par M. Léon Blum dans l'article du Professeur Jèze R.D.P. 1924, p. 621. Voir les conclusions du commissaire du gouvernement Tardieu sous Conseil d'Etat 7 août 1909, Winkel et Rosier : « L'agent

b) Les conditions du contrat ne sont pas librement débattues entre les parties, mais déterminées unilatéralement et impérativement dans le Cahier des Charges : la situation contractuelle repose manifestement sur un fond statutaire. Citons comme particulièrement caractéristique la situation du personnel du gaz de Paris, auquel la convention de 1907 prévoit l'application de plein droit du statut des fonctionnaires municipaux, et des modifications qu'il viendrait à subir ¹.

§ 2. — *Caractère des dispositions relatives
au statut du personnel.
Etendue du pouvoir réglementaire*

Ces principes directeurs nous permettront peut-être d'éclaircir la délicate question qui va maintenant nous occuper : quelle est la nature des dispositions du Cahier des Charges relatives à la situation du personnel ?

Le problème a été très vivement discuté à l'occasion des lois du 21 juillet 1909 et du 28 décembre 1911 relatives aux retraites du personnel des grands réseaux. Il a retrouvé un regain d'actualité lors de la discussion, en 1924, du projet relatif à la réintégration des cheminots révoqués.

La théorie anti-interventionniste soutenue par les compagnies concessionnaires se fonde sur la nature contractuelle des clauses des Cahiers des Charges relatives au personnel. Sans contester le droit pour l'Administration d'intervenir dans l'organisation du service, on classe ces dispositions en dehors de l'élément flexible de la concession. Les relations du concessionnaire et de ses agents n'ont, dans cette opinion, aucun rapport direct avec l'exploitation, avec les conditions de fonctionnement du service, domaine exclusif du pouvoir réglementaire ; si l'Administration

qui accepte sa nomination accepte par là même toutes les obligations que le contrat comporte pour lui, et notamment celle d'assurer sans interruption la continuité du service » et les conclusion du commissaire du gouvernement Helbronner sous Conseil 18 juillet 1913, *Syndicat national des chemins de fer* « Les droits respectifs des agents de chemins de fer et des Compagnies sont dominés par la nécessité d'assurer avant tout la vie nationale ».

1. Voir Thibault, *Le régime du personnel du Gaz de Paris*, thèse, Paris, 1929.

concedante intervient en cette matière, ce ne peut être que d'accord avec le concessionnaire. L'Administration peut sans doute définir et modifier l'étendue du service à fournir, ses modalités, c'est-à-dire le but à atteindre : le concessionnaire reste maître des moyens, libre de régler l'organisation intérieure de son exploitation ; « les compagnies jouissent, pour remplir leurs engagements, d'une liberté d'action absolue qui n'est et ne doit être limitée que par les clauses contractuelles librement acceptées »¹.

Cette thèse se défend d'autant mieux dans la conception qui voit entre le concessionnaire et son agent un simple contrat de droit privé, des relations dont la portée échappe à l'autorité concedante. La puissance publique peut, par une mesure législative générale, modifier les règles du contrat de travail, aggraver les obligations des employeurs ; le concessionnaire est soumis comme tout industriel au Code du travail. Mais lorsque dans le traité de concession l'Administration stipule au profit du personnel un régime de faveur dérogatoire au droit commun, elle pénètre dans un domaine étranger à la réglementation du service ; les dispositions relatives aux heures de travail, au minimum de salaires, aux retraites, sont de simples promesses contractuelles, qui deviennent elles-mêmes la base des contrats passés avec les agents ; l'autorité concedante ne peut ensuite les modifier sans porter atteinte à la fois à ces deux catégories de contrats. « La situation du concedant limite la liberté législative de l'Etat : c'est par le contrat que le contrat doit et peut être modifié »².

Cette conception est aujourd'hui nettement dépassée par les faits : tout au moins croyons nous qu'une distinction s'impose.

Les dispositions générales et impersonnelles qui règlent la situation et les conditions de travail du personnel sont partie intégrante de l'organisation du service : car « toute

1. Consultation précitée de MM. Berthélémy et autres.

2. Joseph Barthélémy, *L'Etat et le contrat*, R.D.P. 1911, p. 129. Voir dans le même sens : Nouvion, *Les retraites des cheminots*, Journal des Economistes juillet 1909, p. 3.— Chabanne, *Recours au profit du concessionnaire de Service Public*, p. 119 ; Duez, *Indépendance des autorités législative et réglementaire dans la fixation des règles de droit*, p. 233.

réglementation tendant au bon fonctionnement du service est légitime, et le statut du personnel dans son ensemble est un élément du bon fonctionnement du service »¹. Nous avons souligné précédemment le caractère statutaire, à ce point de vue, de la situation du personnel ; il est facile d'autre part d'imaginer les répercussions que peuvent avoir sur la marche du service, sur la régularité de son fonctionnement, les dispositions qui s'y rapportent : l'Administration cherche en définitive à s'assurer un personnel d'autant mieux choisi que sa situation sera plus avantageuse, c'est ce que les adversaires de l'intervention administrative ont le tort d'ignorer ; les mesures relatives aux conditions de travail et d'hygiène sont souvent même essentielles à la sécurité de l'exploitation.

A ce statut réglementaire viennent se superposer les relations contractuelles du concessionnaire avec chacun de ses salariés, nées des contrats de travail individuels.

La situation respective du concessionnaire et de son personnel est donc très complexe : elle se présente sur deux plans superposés : le plan réglementaire et le plan contractuel. Cette analyse est confirmée par la jurisprudence récente relative aux recours ouverts au personnel du concessionnaire pour la défense de ses droits : s'agit-il du recours individuel intenté par un salarié et fondé sur la violation de ses droits contractuels ? c'est un recours de plein contentieux de la compétence du juge du contrat ; au contraire l'action formée par le syndicat et fondée sur la violation du statut du personnel relève du juge de l'excès de pouvoir : c'est la consécration éclatante de son caractère réglementaire².

Le double aspect des relations juridiques du concessionnaire et de son personnel nous donne les limites du pouvoir d'intervention de l'Administration concédante.

Les dispositions générales de l'acte de concession relatives au statut des employés et ouvriers du service sont

1. Bastid, article précité, p. 246.

2. Conseil d'Etat, 22 juillet 1927, *Syndicat des employés et contre-maîtres des secteurs électriques de la Seine, et Compagnie du Gaz de Paris*, (2 arrêts), p. 826, D., 1928-3-41, note Waline.

de nature réglementaire : l'Administration pourra les modifier et les compléter. La matière est extra-contractuelle, c'est un élément de la réglementation des conditions de fonctionnement du service. Aussi pensons-nous que le gouvernement pouvait légalement, en 1909 et en 1911, aggraver les sujétions des Compagnies de chemins de fer relatives aux pensions de retraite.

Les relations d'ordre contractuel qui s'établissent par la suite entre le concessionnaire et chacun de ses agents, la formation, l'exécution, la rupture des contrats individuels de travail, échappent au contraire au contrôle de la puissance publique : nous sommes en dehors de l'organisation du service. Aussi ne saurait-on tolérer aucune intervention de l'Administration dans ce domaine, ni aucune mesure tendant à lui donner un droit d'intervention. Le décret du 31 octobre 1916 réservant au gouvernement, en cas d'arrêt des entreprises de tramways à la suite d'une grève, le droit de se substituer au concessionnaire pour assurer l'exploitation du service, préparait une immixtion nettement abusive dans les conflits économiques éventuels ¹.

Le projet de loi tendant à imposer aux Compagnies de chemins de fer la réintégration des cheminots révoqués comme conséquence de l'amnistie, voté par la Chambre des députés en 1924 et repoussé par le Sénat, était un véritable scandale juridique : de quel droit l'Etat prétendait-il intervenir dans un conflit ouvert entre les Compagnies et leur personnel, au sujet de l'exécution de contrats individuels déjà formés, pour imposer la continuation de ces contrats ? C'est oublier que nous sommes dans un domaine tout à fait étranger à la réglementation du service.

* * *

Tels sont les principes essentiels qui dominent la délicate question de la réglementation du service concédé.

Envisagée sous son aspect technique, l'organisation du service relève de l'autorité concédante ; c'est l'Adminis-

1. Voir Rolland, *La grève des tramways de Paris et le décret du 31 octobre 1916*, R.D.P., 1916, p. 587.

tration qui seule a compétence pour déterminer les conditions de fonctionnement du service ; le pouvoir réglementaire, dans les limites du domaine que nous avons tenté de tracer, ne saurait subir aucune restriction contractuelle. En marge de l'organisation du service, l'acte de concession comporte d'ailleurs d'autres dispositions, celles-ci contractuelles. La structure juridique de la concession de Service Public, envisagée sous cet aspect, se présente comme la combinaison d'un élément réglementaire et flexible et d'un élément contractuel et rigide.

Nous voici orientés, plus nettement que jamais, vers l'intégration du service concédé dans l'institution administrative : le service concédé, maintenu sous le contrôle de la puissance publique qui conserve sur son organisation l'intégralité de ses pouvoirs réglementaires, ne fonctionne-t-il pas comme un rouage du vaste mécanisme administratif ?

Et pourtant, il s'agit bien d'une exploitation privée, dont la gestion est confiée à un particulier, soustraite à la hiérarchie bureaucratique : n'avons-nous pas négligé ce point de vue pourtant essentiel ? Nous affirmions au début de cette étude l'irréductible dualité de la concession de Service Public, à la fois service et entreprise industrielle lucrative, l'insuffisance, relativement à sa structure juridique, des conceptions réglementaire ou contractuelle. La structure juridique de la concession de Service Public ne nous apparaîtra que lorsque nous connaîtrons l'institution sous son second aspect : c'est à quoi répond l'étude qui va suivre de l'organisation financière du service.

Nous croyons en effet que la théorie de la concession acte-complexe édiflée par Duguit renferme une grande part de vérité, mais doit être poussée jusqu'au bout de ses conséquences : elle part de données incomplètes en envisageant l'organisation du service sous son seul aspect technique, sans en détacher suffisamment l'aspect financier ; ce sont deux points de vue qui doivent être distingués avec le plus grand soin. Nous allons nous efforcer de compléter cette vue d'ensemble de la concession de Service Public, en l'examinant sous une nouvelle face.

Troisième Partie

L'organisation financière du service

L'organisation technique une fois élaborée, il faut pour que le service fonctionne efficacement que les conditions financières de son exploitation soient prévues et organisées ; le service ne peut vivre que si les dépenses de son fonctionnement sont couvertes par des ressources équivalentes. Nous étudierons sous ce titre le mécanisme financier de la concession de Service Public.

L'équilibre financier des services directement exploités par les administrations publiques est nécessairement garanti, à défaut de profits suffisants, par la caisse publique.

L'équilibre financier des services concédés, et c'est là la différence fondamentale, est à la charge du concessionnaire chargé de la gestion : le concessionnaire supporte le risque de l'entreprise.

C'est donc sur le terrain financier qu'il faut chercher la caractéristique essentielle de la concession de Service Public : c'est là que se révèle l'autonomie de l'exploitation, dont l'aléa retombe sur un industriel privé, à sa charge ou à son profit.

Ce principe appliqué dans toute sa rigueur conduirait d'ailleurs à une impasse redoutable : n'oublions pas que le concessionnaire, comme gérant du service, n'est maître ni de ses charges ni de ses profits, qu'il est lié par la loi du service dont il doit subir les fluctuations ; que par suite les éléments de l'équation financière de son exploitation lui échappent. Faire retomber sur lui seul, sans tempérament, la responsabilité de l'équilibre financier du service, ce serait bien souvent l'acculer à la ruine. Si l'Administration conserve sur le service concédé ses pouvoirs de réglementation, elle doit en contre-partie participer aux risques de l'entreprise.

L'organisation financière du service concédé implique donc une association, dont nous aurons à définir les conditions, entre l'Administration concédante et le concessionnaire ; cette association devient le centre de rapports juridiques bien différents de ceux que nous avons jusqu'ici observés, dont nous aurons à déterminer la nature.

CHAPITRE PREMIER

LES BASES JURIDIQUES DE L'ORGANISATION FINANCIERE DU SERVICE

§ 1. — *Le principe d'une garantie contractuelle incluse dans l'acte de concession*

Les règles précédemment étudiées de la réglementation technique du service appellent, sur le terrain financier, des garanties sérieuses. L'Administration peut imposer au concessionnaire des sujétions très lourdes : elle peut si l'intérêt général l'exige réduire le tarif des redevances qu'il perçoit : elle ne peut, en revanche, l'acculer à une gestion déficitaire sans l'indemniser des pertes subies. L'équité seule justifierait cette solution, ainsi que l'intérêt bien compris du service, dont la ruine du concessionnaire ne pourrait qu'entraver le fonctionnement. Nous croyons que l'obligation de l'Administration repose, de plus, sur une base juridique solide, dont le principe est inclus dans l'acte de concession lui-même.

Nous passons sur les clauses purement contractuelles, dont nous avons déjà parlé, relatives aux subventions, garanties d'intérêt, partages de bénéfices : leur rôle dans l'organisation financière de l'exploitation est souvent considérable ; mais, outre que leur présence dans l'acte de concession n'est nullement essentielle, elles ne sauraient suffire par elles seules à maintenir l'équilibre financier de l'exploitation.

Nous envisageons essentiellement les clauses relatives à l'organisation du service. Les éléments de la loi du service, dont nous avons précédemment délimité l'étendue, ce sont d'une part les conditions de fonctionnement, l'étendue et les modalités du service à fournir — les tableaux de service, les horaires, les mesures pour la sécurité et la commodité des usagers — d'autre part les tarifs des redevances perçues pour l'usage du service : d'un côté les obligations, de l'autre les droits du concessionnaire ; d'un côté les charges, de l'autre les profits de l'exploitation ; la colonne « doit » et la colonne « avoir ». Si nous considérons ces clauses réglementaires, non plus dans leur détail, mais dans leur ensemble, si nous embrassons l'organisation du service dans une vue synthétique, elle se présente comme l'équilibre judicieux de ces deux éléments : les avantages consentis au concessionnaire, les charges qui lui sont imposées ; *ces deux blocs de l'organisation technique du service tendent à s'équilibrer en une équation d'ordre financier, qui constitue le principe même de l'organisation financière* : « dans tout contrat de concession est ainsi impliqué comme un calcul d'équivalence honnête entre ce qui est accordé au concessionnaire et ce qui est exigé de lui »¹.

Les intérêts pécuniaires du concessionnaire sont étroitement liés à cet équilibre qui ressort de l'organisation du service considérée dans son ensemble, alors que le détail même de cette organisation ne l'intéresse qu'indirectement ; lorsqu'il accepte la gestion du service, c'est en considération, non pas d'une réglementation donnée du service, mais d'une marge de bénéfices ressortant de la comparaison des profits et des charges de l'exploitation. Si la réglementation du service échappe au contrat, *l'équilibre financier de l'exploitation peut faire au contraire l'objet d'une garantie contractuelle* : et nous croyons en effet que l'organisation financière du service concédé est la source de rapports contractuels entre l'administration qui promet, et le concessionnaire qui obtient, la garantie d'un certain équilibre entre les profits et les charges de l'exploitation.

1. Blum, conclusions précitées sous Conseil d'Etat, 11 mars 1910.

Ainsi se précise la physionomie juridique de la concession de Service Public : sa structure est plus complexe encore que ne l'avait cru Duguit, car l'organisation du service est elle-même complexe, elle se présente sous deux formes juridiques différentes : sous une forme réglementaire, dans le détail de la réglementation du service, sous une forme contractuelle, dans son équation financière¹.

Il y a donc bien un contrat dans l'acte de concession, un contrat inclus dans l'organisation même du service, dont on a pu dire qu'elle était ainsi « contractuelle-réglementaire »². Ainsi nous retrouvons — nous d'accord avec les données du problème que nous précisons en débutant : nous disions que le concessionnaire n'était pas seulement le gérant d'un service, que la conception réglementaire de Duguit correspondait à une vue incomplète de la situation ; nous avons souligné l'extrême complexité de l'opération tenant au fait que le concessionnaire, dans la gestion du service, poursuit un bénéfice personnel, que l'exploitation du service est dans une certaine mesure la « chose » du concessionnaire. Nous pouvions pressentir la nature juridique complexe de l'opération du fait de la coexistence irréductible d'un élément réglementaire et d'un élément contractuel dans l'organisation du service concédé : la question, disions-nous, se ramenait à l'agencement de ces deux éléments. Cet agencement nous apparaît maintenant, dans les deux aspects superposés de l'organisation du service : l'aspect technique, réglementaire, la loi objective du service, — l'aspect financier, contractuel, la garantie des droits subjectifs du concessionnaire.

De ce dernier point de vue : « le contrat de concession n'est plus l'instrument régulateur de l'exploitation du service, il n'est plus que l'instrument compensateur des pertes que le concessionnaire pourrait subir du fait que

1. Cf. conclusion précitées du commissaire du gouvernement Blum, qui parle « du double aspect, de la double nature de la concession, qui est en un sens un *agencement financier à forme certaine*, en un autre sens, *le mode de gestion d'un Service Public à besoins variables* » ; et la note du Professeur Hauriou, sous le même arrêt : « Dans la concession, il convient de distinguer deux éléments : les conditions financières de l'opération, qui sont à proprement parler l'objet du contrat, et les conditions de l'exploitation du service concédé, qui échappent au contrat et relèvent des pouvoirs réglementaires ».

2. Furtuna, *Le fait du Prince*, thèse Paris, 1925, p. 34-5.

la réglementation du service est passée aux mains de l'Administration. La concession avait été faite sur la base d'un certain forfait d'exploitation que le contrat avait déterminé ; ce forfait ne sera pas maintenu, mais il servira de point de comparaison pour l'appréciation des indemnités, car les aggravations apportées aux charges de l'exploitation donneront lieu à indemnité » (Hauriou, note déjà citée sous l'arrêt du 11 mars 1910).

La garantie contractuelle de l'équilibre financier ne détruit pas d'ailleurs entièrement l'aléa de l'exploitation : il faut bien en comprendre la portée. L'organisation financière du service ne prétend pas établir une corrélation minutieuse entre les profits et les charges : la jurisprudence a dégagé la notion infiniment plus souple du risque normal, que le concessionnaire accepte en connaissance de cause, auquel fait équilibre le bénéfice normal qu'il peut escompter ¹.

Le droit contractuel du concessionnaire, dans l'exécution normale du service, existe en somme à l'état latent, diffus à travers l'organisation réglementaire du service : il se révèle lorsque l'équilibre financier se trouve rompu au delà des limites de l'aléa normal. L'aggravation des charges, la restriction des profits, déclenche le jeu du contrat compensateur. L'intervention de l'Administration dans l'organisation du service peut ainsi donner lieu à compensation ; dans ce cas, il faut bien comprendre que le pouvoir réglementaire reste intact, bien que son indépendance soit souvent masquée par le jeu de la garantie contractuelle. La réglementation du service et la protection des droits pécuniaires du concessionnaire sont deux phénomènes bien distincts, se produisant simultanément, mais sur des plans différents ².

1. Voir Conseil d'Etat, 3 mai 1912, *G. d'Argenton*, S., 1914-3-65 : « Les conditions de fonctionnement du service doivent être débattues entre les parties, et, à défaut d'un accord amiable, être fixées par la juridiction compétente de façon à ce que l'exploitation soit régulièrement assurée et normalement rémunérée ». Cf. Conseil d'Etat, 3 avril 1908, *V. de Lésignan*, p. 335 ; 21 juillet 1911, *V. d'Hyères*, p. 856 ; 7 mars 1913, *V. d'Angers*, p. 325. Voir également Hauriou, note sous Conseil d'Etat, 3 août 1917, *Messageries maritimes*, S., 1917-3-33.

2. Voir en particulier sur ce point Guillois, *De l'application dans le temps*

Nous consacrerons le chapitre qui va suivre à l'étude de ces recours dans lesquels se concrétisent les droits contractuels du concessionnaire, dans lesquels se précisent les rapports d'ordre subjectif du concessionnaire et de l'Administration qui constituent l'armature de l'organisation financière du service. Mais nous devons, avant d'aller plus loin, développer avec quelques détails cette distinction fondamentale du plan réglementaire et du plan contractuel dans la concession de Service Public, qui s'exprime dans l'existence d'un double contentieux.

§ 2. — *Le double contentieux de la réglementation du service*

Si la conception de l'organisation du service que nous nous efforçons de justifier pouvait soulever quelques doutes, nous trouvons en sa faveur une forte présomption dans l'existence d'un double contentieux de la concession de Service Public ¹.

Le concessionnaire est certainement recevable à demander l'annulation pour excès de l'acte réglementaire par lequel l'Administration modifie l'organisation du service : nous sommes sur le terrain objectif de la réglementation du service, les rapports contractuels des parties ne font pas obstacle à l'admission du recours ².

Le recours pour excès de pouvoir suppose une violation de la légalité objective : la méconnaissance des dispositions du Cahier des Charges ne peut au contraire, d'après une

des lois et règlements, Thèse, Paris, 1912, p. 108 et suiv. et les conclusions précitées de M. Léon Blum : « Il y a deux points de vue que nous nous sommes efforcés de distinguer au cours de ces observations : il s'agit uniquement de savoir ce qui peut être légalement exigé du concessionnaire ; il ne s'agit pas de savoir ce qui peut être exigé de lui contre un prix donné ».

1. Cf. Conclusions de M. Léon Blum. « L'esprit de cette jurisprudence, c'est d'organiser en somme un double contentieux de la concession : le contentieux de la réglementation, ou plutôt de la légalité de la réglementation, dont la forme normale est le recours pour excès de pouvoir, et le contentieux du contrat, lequel comprend nécessairement l'examen des répercussions que la réglementation peut exercer sur l'économie du contrat ».

2. Conseil d'Etat, 26 janvier 1900, *Chemins de fer économiques du Nord*, p. 69 ; 6 décembre 1907, *Grandes Compagnies* et 4 février 1910, *Métropolitain* précités.

jurisprudence constante, donner lieu au recours objectif de l'excès de pouvoir ¹. On a interprété souvent cette jurisprudence dans un sens défavorable à la théorie réglementaire ; dans cette théorie, soutient notamment M. Blondeau, « le concessionnaire pouvait logiquement user du recours pour excès de pouvoir pour faire sanctionner les violations commises par l'Administration aux dispositions du Cahier des Charges relatives à l'organisation du Service », or, la jurisprudence le lui refuse : c'est donc qu'elle considère l'acte de concession comme un bloc contractuel, que les relations du concessionnaire et de l'Administration sont exclusives du recours pour excès de pouvoir ².

C'est mal comprendre le sens de la jurisprudence. Comme toute situation réglementaire, la situation du concessionnaire est essentiellement variable, le concessionnaire n'a aucun droit à son maintien ; la réglementation du service est essentiellement modifiable : le concessionnaire ne saurait trouver dans le fait qu'une disposition nouvelle modifie un règlement antérieur un moyen d'illégalité susceptible de fonder un recours pour excès de pouvoir contre cette disposition. Ce n'est que par un regrettable abus de langage que l'on parle de la *violation*, alors qu'il faudrait dire la *modification* du Cahier des Charges. En écartant le recours pour excès de pouvoir, la jurisprudence ne fait que consacrer l'inaliénabilité du pouvoir réglementaire ; en rejetant les parties vers le contentieux du contrat, elle implique que le débat met en jeu les rapports contractuels inclus dans l'organisation du service.

Le rejet du recours pour excès de pouvoir dans cette hypothèse n'est pas non plus l'application d'une simple règle de compétence réservant au Conseil de Préfecture l'interprétation des Cahiers des Charges ; elle n'est pas justifiée seulement par l'ouverture d'un recours parallèle devant le juge du contrat : sans doute quelques décisions

1. Voir en particulier : Conseil d'Etat, 10 mai 1901, *Aubert*, p. 458 ; 4 août 1905, *Chemins de fer Bone-Guelma*, p. 770 ; 22 décembre 1905, *Tramways de Bordeaux*, p. 996 ; 21 juillet 1911, *Est-Parisien*, p. 870 ; 9 février 1917, *Chemins de fer à voie étroite*, p. 145 ; 22 février 1918, *Chemins de fer du Sud-Ouest*, p. 191.

2. Blondeau, *La concession de Service Public*, p. 162.

sont motivées dans ce sens¹. Nous croyons que cette solution tient à des raisons plus profondes qu'il faut chercher dans les principes mêmes de la séparation des contentieux, et qu'elle éclaire d'une façon remarquable le double aspect de l'organisation du service concédé.

C'est le fondement du recours intenté par le concessionnaire qui détermine la compétence en aiguillant le litige, soit sur la voie de l'excès de pouvoir, soit sur la voie de la pleine juridiction².

Le recours pour excès de pouvoir répond à une mission bien déterminée : assurer le respect de la légalité ; il est nécessairement fondé sur la violation d'une règle de droit³. Or, la modification de l'organisation du Service concédé ne saurait par elle seule être constitutive d'un excès de pouvoir.

Le fondement véritable du recours formé par le concessionnaire contre l'existence de ses charges, c'est l'atteinte aux droits contractuels qu'il tient de l'organisation financière du service, du fait d'une mesure « introduisant dans les charges de l'exploitation un élément qui n'a pu entrer dans les prévisions des parties »⁴ ; l'action est portée sur le plan des droits subjectifs ; il ne s'agit pas d'un redressement de la légalité, mais de la protection des intérêts pécuniaires du contractant : nous sommes dans le domaine du contentieux indemnitaire de la pleine juridiction.

Dans la conception de Duguit, on justifiait l'ouverture du recours en indemnité par une prétendue « répercussion

1. Voir Conseil d'Etat, 18 avril 1902, *Société de l'apportement de Pauillac* p. 286 ; 5 août 1908, *Compagnie d'Orléans*, p. 890.

2. Conseil d'Etat, 18 juillet 1930, *Grandes Compagnies*, R.D.P. 1931, p. 141 : « Considérant que les conclusions ne sont pas fondées sur ce que la décision attaquée porterait atteinte aux droits que les Compagnies requérantes tiennent des stipulations de leur contrat de concession, mais qu'elles tendent à l'annulation de la dite décision comme prise en dehors des pouvoirs conférés au Ministre des Travaux Publics par les lois et règlements, qu'il s'agit donc du recours pour excès de pouvoir », voir aussi Conseil d'Etat, 11 juillet 1930, *Fouquet de Lusigneul*, p. 720.

3. Voir les conclusions du Commissaire du Gouvernement Pichat et la note du Professeur Hauriou, sous Conseil d'Etat 8 mars 1912, *Lafage*, S., 1913-3-7.

4. Voir les arrêts précités : 4 août 1905, *Chemin de fer Bone Guelma*, p. 770 ; 6 décembre 1907, *Grandes Compagnies*, p. 913 ; 11 mars 1910, *Ministre des Travaux Publics* 11 juillet 1911, *Est Parisien*, p. 870.

des modifications aux clauses réglementaires sur les clauses contractuelles »¹ : ce qui est proprement inintelligible. Les clauses contractuelles *stricto sensu*, ce sont les dispositions relatives aux subventions, aux partages de bénéfices, etc., étrangères à l'organisation même du service, dont la portée ne dépasse pas les rapports personnels du concessionnaire et de l'Administration ; elles s'exécutent dans les conditions prévues au traité, et bénéficient de l'intangibilité absolue des situations individuelles. Ce qui se produit, c'est la répercussion, dans l'organisation même du service, des mesures réglementaires sur le terrain financier : la mesure réglementaire se traduisant par la modification d'un terme de l'équation financière, dont le contrat exige le redressement sous la forme d'une indemnisation corrélatrice.

En organisant un contentieux de l'indemnité en marge du contentieux de l'excès de pouvoir, le Conseil d'Etat consacre la double nature de l'organisation du Service. L'organisation du Service se dédouble en deux plans superposés, distincts, mais pourtant réagissant l'un sur l'autre : celui de la réglementation objective du service, celui de la protection des droits contractuels. Ces deux domaines se recouvrent exactement : tout élément de la loi du service participe en même temps à l'organisation financière dont l'équilibre est contractuellement garanti. Il est donc bien vrai, comme la jurisprudence l'affirme, que sous une de ses faces la concession de Service Public soit intégralement contractuelle².

La confusion entre ces deux aspects avait conduit, dans l'ancienne théorie de la concession-contrat, à faire annuler par le juge du contrat les mesures prises en violation du Cahier des Charges. Dans la conception actuelle, qui réserve l'intégralité du pouvoir réglementaire, le contentieux de la pleine juridiction est revenu à son rôle

1. Voir le développement de cette idée dans Redeuilh, *La nature juridique de la concession de Service Public*, p. 92.

2. Voir la note du Professeur Waline sous Conseil d'Etat, 22 juillet 1927 au D., 1928-3-41 : la situation du concessionnaire se caractérise par l'ouverture d'un recours de pleine juridiction, et s'oppose à celle du fonctionnaire qui relève uniquement du contentieux de l'excès de pouvoir.

normal, qui n'est pas d'annuler, mais d'indemniser. La conciliation du pouvoir réglementaire et du lien contractuel se fera sur le terrain indemnitaire.

§ 3. *La concession de Service Public, contrat administratif.*

L'existence d'un contrat compensateur doublant l'organisation réglementaire du service concédé, c'est la conciliation de ces deux éléments dont nous disions la coexistence inévitable : le Service Public et le contrat. La concession réintègre sa place dans le cadre général des contrats administratifs.

Vue sous cette physionomie nouvelle, la concession de Service Public fait ressortir sous un jour nouveau les traits saillants du contrat administratif.

Quant à son but, d'abord, le contrat administratif se caractérise par la participation plus ou moins directe d'un particulier à la gestion d'un Service Public. La concession de Service Public réalise le plus haut degré possible de collaboration, l'objet du contrat étant la gestion même du service¹. Aussi est-elle, dans la hiérarchie des contrats administratifs, placée à l'échelon le plus élevé.

Le caractère dominant du contrat administratif, c'est son extrême souplesse, qui répond aux nécessités de la gestion des Services Publics. Le contrat ne doit pas seulement s'exécuter rigoureusement, encore doit-il se plier aux nécessités variables du service : ce qui justifie le droit pour l'Administration d'augmenter la quantité de travail à fournir par l'entrepreneur de travaux publics, et les clauses des marchés de fournitures prévoyant l'extension des prestations à livrer². L'exécution du contrat administratif est entièrement dominée par les deux principes fondamentaux

1. Sur l'importance de cette idée de collaboration dans la concession de Service Public, voir l'article du Professeur Rolland, R.D.P., 1909, p. 520.

2. Cf. l'article de M. Demogue, sur « *les modifications aux contrats par volonté unilatérale* » (Revue trimestrielle, 1907, p. 245) : développements sur la notion du *contrat d'aide et de commandement*, dans lequel « l'un des contractants peut, dans une certaine mesure, modifier les actes dont l'autre était chargé ». Dans ces contrats « il y a possibilité pour celle des parties qui fait faire un travail par autrui de modifier les ordres primitifs quant à l'exécution du travail » p. 265-6.

de l'exécution des Services Publics : la continuité, la variabilité. La conciliation des exigences du Service et du lien contractuel s'opère sur le terrain indemnitaire. La souplesse du contrat administratif atteint son maximum avec la concession de Service Public, puisque le concessionnaire voit ses obligations déterminées par la loi flexible du Service ; puisque le contrat se réduit à la garantie d'un équilibre financier, cadre rigide, mais dont le contenu variera suivant les nécessités du service.

Les rapports juridiques qui naissent du contrat administratif se résument à un *engagement de collaboration loyale et réciproque*, avec la soumission du contractant aux sujétions éventuelles du Service, et la garantie par l'Administration des intérêts légitimes de son cocontractant. Il en résulte entre les parties une association d'ordre financier qui sera d'autant plus étroite que la collaboration sera plus accentuée. Nous verrons que dans la concession de Service Public, l'existence d'un contrat compensateur doublant l'institution réglementaire du service réalise une association très accentuée entre l'autorité administrative et le concessionnaire¹ ; que la garantie contractuelle organisée en une série de recours contentieux, en réduisant au minimum l'aléa de l'exploitation, réduit par contre-coup l'indépendance et l'autonomie du concessionnaire. Et nous serons conduit à cette conclusion qui surprend au premier abord que l'organisation financière du service concédé, malgré sa nature contractuelle, vient parachever l'intégration de la concession de service public dans l'institution administrative.

1. Hauriou, note au S., 1916-3-17 sous Conseil d'Etat, 30 mars 1916 : « Il ne faut pas considérer les entrepreneurs, concessionnaires et fournisseurs, avec lesquels l'administration passe des marchés, comme lui étant complètement étrangers... Spécialement dans la concession de Service Public, faite pour une longue durée, il s'établit comme une sorte d'association entre le concessionnaire et l'administration ».

CHAPITRE II

LES ELEMENTS DE L'ORGANISATION FINANCIERE DU SERVICE

La garantie contractuelle de l'équilibre financier du Service, principe de l'organisation financière en même temps que de la situation subjective du concessionnaire, se concrétise en un système de recours juridictionnels. Ces recours sont, comme leur principe même, communs à tous les contrats administratifs ; ils trouvent, dans la concession de Service Public, leur expansion maxima.

Nous avons signalé l'existence du recours en indemnité dans le cas d'une modification réglementaire à l'organisation du Service : mais, étant donnée la généralité du principe, sa portée déborde largement au delà de ce cas particulier. Ses applications peuvent se répartir en deux groupes, suivant que la rupture de l'équilibre financier résulte d'une mesure administrative ou des circonstances économiques. Il n'entre pas bien entendu dans le cadre de cette étude de donner un exposé complet des deux célèbres théories du fait du Prince et de l'Imprévision : nous nous proposons seulement de montrer comment, dans leur application à la concession de Service Public, elles viennent illustrer et confirmer nos précédentes conclusions.

Le caractère essentiellement contractuel de ces recours, que nous essayerons de démontrer, confirmera la nature contractuelle de l'organisation financière du Service ; le recours en indemnité n'est que la mise en œuvre de la garantie contractuelle incluse dans l'organisation du Service.

Nous montrerons d'autre part comment, dans leurs effets, en réduisant l'aléa de l'exploitation, les recours en indemnité unissent le concessionnaire et l'Administration concédante dans les liens d'une étroite solidarité financière, accentuent le rapprochement de la concession et de l'exploitation directe des Services Publics. Cette évolution contemporaine de la concession vers la régie intéressée a d'ailleurs trouvé son aboutissant dans le rachat de nombreux Services : nous verrons si le développement des recours n'a pas précipité d'une façon décisive la « crise du contrat de concession ».

Section I

La garantie de l'aléa administratif.

La rupture de l'équilibre financier par le fait de l'Administration peut provenir, soit d'une mesure relative à l'organisation du Service, soit d'une mesure législative générale qui vient aggraver par contre-coup les charges de l'exploitation : dans ces deux cas l'effet à considérer est le même ; l'économie financière du contrat est bouleversée par la répercussion d'un acte administratif régulier en lui-même sur les profits ou les charges de la gestion du Service.

En toutes hypothèses, il s'agit d'une mesure régulière en elle-même : cette précision s'impose, car certains malentendus pourraient naître d'une formule défectueuse mais d'emploi courant. La jurisprudence parle, pour justifier le recours en indemnité, de l'« atteinte aux droits que le concessionnaire prétend tenir de son contrat ». S'il y avait réellement atteinte au contrat, l'acte envisagé serait illégal ; la violation directe d'un contrat emporte la nullité de l'acte ; la jurisprudence ne s'est pas fait faute d'annuler des mesures administratives¹, voire même de refuser d'appliquer des mesures législatives², prises par la puis-

1. Conseil d'Etat, 12 décembre 1902, *Orcibal et Leclère*, p. 750.

2. Conseil d'Etat, 8 août 1896, *Fabrique de Saint-Jean-de-Maurienne*, p. 663 ; 1^{er} juillet 1904, *Fabrique d'Annecy*, p. 553 (affaire célèbre des car-

sance publique en violation des droits de ses cocontractants.

Ce qu'on désigne en réalité sous une locution défectueuse, c'est la répercussion d'une mesure réglementaire sur la valeur pratique d'une situation contractuelle. Entre le plan réglementaire, où l'Administration conserve la plénitude de ses pouvoirs, et le plan contractuel où elle se lie dans les termes du droit commun, il n'y a pas de cloison étanche mais une étroite connexité et de constantes répercussions réciproques.

§ 1. — *Le principe de l'indemnisation.* *Son fondement juridique.*

Si l'équité exige sans aucun doute l'ouverture au profit du concessionnaire d'un recours en indemnité lorsque ses charges sont aggravées par suite d'un acte réglementaire, on discute sur le fondement juridique de ce recours. La doctrine se partage entre deux opinions soutenant, l'une la nature délictuelle, l'autre la nature contractuelle de l'action en indemnité.

1°. *Première théorie : fondement délictuel du recours.*

Dans cette opinion, on considère le recours du concessionnaire comme une application des principes généraux de la responsabilité de la puissance publique.

Rappelons que l'ancienne doctrine fondait la responsabilité de l'Etat sur la faute de la personne morale publique, entendue comme illégalité. Le principe général de l'irresponsabilité à raison des actes d'autorité ne comportait d'exception qu'au cas de faute contractuelle, d'atteinte à un contrat par un acte de puissance publique¹.

telles). Cf. conclusions du Commissaire du Gouvernement Arrivière sous. Conseil d'Etat, 7 décembre 1894, *Compagnie Algérienne*, p. 660 : « Si vous trouviez en face d'un acte de gestion, même émané des Chambres, d'une loi particulière destinée à modifier une convention régulièrement passée, comme aucune des parties ne peut, sans le consentement de l'autre, rompre les engagements dûment pris, vous auriez pleine compétence en temps que juge du contrat, pour statuer nonobstant cette loi sur le fond du litige ». V. Duguít, *Droit Constitutionnel*, t. III, p. 437.

1. Michoud, *De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents*, R.D.P. 1894, p. 261-2 : « Dans certains cas, on voit les tribunaux allouer une

La doctrine moderne tend à déplacer les bases de la responsabilité : ce n'est plus la faute, mais le préjudice résultant de l'acte, qui devient l'élément déterminant de la responsabilité¹. Le recours du concessionnaire aura donc sa source dans l'acte administratif préjudiciable : on établit une relation de cause à effet entre l'acte réglementaire et la réparation du préjudice : « Le concessionnaire est fondé à dire que c'est dans l'intérêt de tous que spécialement sa situation à lui a été aggravée, et que, par application du principe certain d'après lequel les charges publiques doivent, autant que possible, être égalisées, qu'en vertu du principe identique d'après lequel la caisse collective doit réparer le préjudice occasionné à quelques uns dans l'intérêt de tous, il est fondé à obtenir de l'Etat une indemnité »².

Dans ces deux opinions, il s'agit toujours d'une responsabilité de nature quasi-délictuelle encourue du fait de l'émission d'une règle de droit. Pour concilier cette responsabilité avec le caractère modifiable de la règle de droit, il faut supposer une atteinte à la situation particulière découlant du contrat. Le préjudice ne peut suffire à justifier le recours ; dans le cas d'une mesure réglementaire préjudiciable à toute une catégorie de citoyens, pourquoi seul le cocontractant de l'Administration sera-t-il indemnisé ? C'est parce que la mesure modifie « la base même » du contrat. En définitive, « l'action en réparation est exclusivement fondée sur la violation du contrat »³. D'un côté comme de l'autre, on fait reposer l'action en indemnité sur l'atteinte au contrat : nous avons précédemment exprimé des ré-

indemnité à la suite d'un acte de la Puissance publique par le motif que cet acte constitue de la part de l'Administration violation d'un contrat qui lui impose certaines obligations. C'est que la règle de l'irresponsabilité de l'Etat ne s'étend point à la faute contractuelle ».

1. Duguit, *Droit Constitutionnel*, t. III, p. 469 : « On ne peut édifier la responsabilité de l'Etat que sur l'idée d'une assurance sociale supportée par la caisse collective au profit de ceux qui subissent un préjudice provenant du fonctionnement des Services Publics, lequel a lieu en faveur de tous... L'Etat est en quelque sorte assureur du risque social, c'est-à-dire du risque provenant de l'activité sociale se traduisant dans l'intervention de l'Etat ». Cf. *Transformations du Droit privé*, p. 138, et Duez, *Responsabilité de la puissance publique*, p. 34.

2. Duguit, *Droit constitutionnel*, t. III, p. 452.

3. Teissier, *Responsabilité de la puissance publique*, n° 162.

serve sur cette conception ; on ne saurait, croyons-nous, parler d'atteinte au contrat, il y a seulement changement dans les conditions économiques de son exécution¹.

2°. *Seconde théorie : fondement contractuel du recours.*

Le recours en indemnité découle directement, croyons-nous, des stipulations contractuelles incluses dans l'acte de concession. Il n'est que la mise en œuvre du contrat compensateur qui fonctionne en marge de l'exécution du service pour en concilier les exigences avec les intérêts légitimes du concessionnaire ; c'est l'application de la garantie contractuelle de l'équilibre financier, que l'émission de l'acte réglementaire ne fait que déclencher en forçant l'un des termes de l'équation financière de l'exploitation. L'action du concessionnaire « ne fait pas irruption dans le domaine de la responsabilité extra-contractuelle : elle n'est qu'un simple aspect de la responsabilité contractuelle. *Nous sommes en face d'un aspect du contentieux du contrat ; ce n'est pas le contentieux de l'indemnité relatif à la règle de droit qui est en jeu* »².

Nous croyons pouvoir trouver, dans l'étude des conditions d'application du recours en indemnité, la confirmation de son fondement contractuel.

§ 2. — *Conditions d'application et modalités de l'indemnisation.*

Quelle est l'exacte portée du recours en indemnité ? Dans quelle mesure l'ouverture du recours atténue-t-elle l'aléa de l'exploitation ?

Si l'action en indemnité n'est que l'application de la garantie contractuelle, ses conditions d'application seront déterminées en fonction des stipulations du contrat ; on s'attachera aux caractères du préjudice subi, dont la réparation entre ou non dans l'intention des parties au contrat. Quant à l'acte générateur du préjudice, simple élément de

2. Cf. Duez, *La responsabilité de la puissance publique*, p. 326-7.

1. Duez, *op. cit.*, p. 97. Cf. Hauriou, note au S., 1921-3-1, sous Conseil d'Etat, 11 juillet 1919, et Fortuna, *Le fait du Prince*, p. 128.

fait qui déclenche le jeu de la garantie contractuelle, ses caractères sont indifférents.

Nous allons tenter d'établir successivement ces deux points.

I

Le préjudice subi par le concessionnaire du fait d'un acte réglementaire doit, pour justifier l'ouverture d'un recours en indemnité, présenter deux caractères :

1°. Il doit être *spécial* au concessionnaire, ou d'une manière plus générale au cocontractant de l'Administration. La spécialité n'est pas en réalité un caractère, mais une condition d'existence du préjudice : la réparation du préjudice résultant d'un acte législatif de portée générale doit être justifiée par la situation spéciale du contractant.

2°. De plus, et c'est la condition essentielle, le préjudice doit être *imprévisible* : n'avoir pas été envisagé par les parties lors de la conclusion du contrat, n'avoir pas été compris dans l'équation financière de l'exploitation. L'acte considéré doit, suivant la formule de la jurisprudence, « introduire dans les charges de l'exploitation un élément qui n'a pu entrer dans les prévisions des parties contractantes ».

Lorsque le préjudice résulte d'une mesure relative à l'organisation du Service concédé, la réunion de ces deux conditions ne fait le plus souvent aucun doute. Le préjudice est évidemment spécial au concessionnaire ; bien que l'acte soit réglementaire, bien que ses dispositions aient une portée impersonnelle et générale, l'exploitant du Service supporte seul le poids de ses répercussions pécuniaires. Les parties ont traité, d'autre part, en considération de l'organisation *actuelle* du service, envisagée comme « forfait d'exploitation » ; toute modification à cette organisation doit donner lieu à compensation sur la base du forfait.

L'ouverture du recours peut résulter, soit de l'aggravation des charges de l'exploitation, soit de la restriction des bénéfices ; c'est de ce dernier chef que le concession-

naire a droit à indemnité en cas d'atteinte à son monopole ou de diminution des tarifs.

La garantie, dans le traité de concession, de l'exploitation exclusive du service par le concessionnaire, ne saurait empêcher l'Administration d'en réorganiser le fonctionnement : l'Administration dispose de pouvoirs réglementaires inaliénables. La méconnaissance des stipulations du traité est sans influence sur la validité de l'acte. Le concessionnaire ne peut obtenir l'annulation pour excès de pouvoir d'un mesure prise en violation de son privilège¹ : mais il dispose d'une action devant le juge du contrat en réparation du préjudice à lui causé ; c'est pour la sûreté du droit de percevoir des redevances qu'un monopole a été constitué à son profit ; le monopole constitue l'une des bases du forfait d'exploitation, il ne peut lui être retiré sans compensation. C'est pourquoi le Conseil d'Etat a condamné les communes à réparer le préjudice causé aux concessionnaires du gaz par les autorisations données à des industriels concurrents, légales en elles-mêmes : cette jurisprudence ne se comprend qu'à la lumière de la distinction fondamentale du pouvoir réglementaire et de la garantie contractuelle. Le pouvoir réglementaire a pu paraître restreint par les stipulations du contrat : il n'est que masqué par le jeu du contrat compensateur².

L'acceptation par le concessionnaire des tarifs de l'acte de concession n'en change pas la nature : les tarifs font partie intégrante de l'organisation du Service, l'autorité concédante conserve pour les modifier la plénitude de ses pouvoirs réglementaires ; la diminution du tarif des redevances perçues par le concessionnaire ne saurait être

1. Jurisprudence constante rejetant le recours pour excès de pouvoir fondé sur l'atteinte au monopole d'exploitation : Conseil d'Etat, 17 juillet 1896 *Tramways de Paris*, p. 572 ; 22 janvier 1897, *Compagnie des omnibus*, p. 46 ; 24 décembre 1897, *Le Buf*, p. 848 ; 21 février 1908, *Franco*, p. 179.

2. C'est la confusion de ces deux points de vue qui explique l'embarras des auteurs devant cette « restriction contractuelle » des pouvoirs de police. Voir en particulier l'article précité de H. Ripert, *De la distinction des pouvoirs de police et des pouvoirs de gestion*. Pour la jurisprudence, voir les arrêts cités plus haut sur le conflit gaz-électricité, et de plus, pour les concessions de bacs et ponts à péage avec monopole : Conseil d'Etat, 22 février 1889 *Pochet*, p. 263 ; 7 août 1891, *Compagnie du Pont du Drac*, p. 609 ; 24 mai 1912, *Gouvernement général d'Indochine*, p. 605.

attaquée pour excès de pouvoir ¹. Mais le concessionnaire dispose d'une action devant le juge du contrat pour la protection de ses intérêts pécuniaires ; le recours en indemnité vient concilier la variabilité du tarif et la stabilité de la rémunération ; peu importe au concessionnaire la forme sous laquelle se présentera sa rémunération, taxe ou allocation ².

Beaucoup plus délicat est le cas où le préjudice considéré résulte d'une mesure législative générale imposant des sujétions à toute une catégorie d'industriels et de commerçants : de dispositions fiscales grevant les matières premières nécessaires à l'exploitation du Service, ou de lois sociales aggravant les obligations du concessionnaire à l'égard de son personnel.

1^o Il peut être difficile de concilier la *spécialité* du préjudice requise pour l'indemnisation avec le caractère général de la loi. Rappelons cependant que la spécialité doit être recherchée, non dans l'acte lui-même, mais dans le préjudice qu'il entraîne : or, il se peut qu'une loi générale n'atteigne en fait que quelques individus ; le concessionnaire se trouve dans une situation juridique très particulière ; les conditions de son exploitation sont déterminées impérativement par des dispositions réglementaires auxquelles il ne peut se soustraire ; il ne peut, comme un industriel ordinaire, équilibrer l'alourdissement de ses charges par un relèvement du prix de ses services.

La question doit en somme se trancher par un compromis entre ces deux idées : ne pas gratifier le concessionnaire d'une faveur exceptionnelle par rapport aux autres industriels atteints par la même mesure, mais cependant tenir compte de sa situation spéciale et des sujétions auxquelles il est soumis. La jurisprudence, assez nuancée, s'inspire de ces quelques idées :

S'agit-il d'une loi de portée très large, comme les grandes lois sociales modernes, qui atteignent, sinon tous les

1. Rejet du recours pour excès de pouvoir en cas de modification des tarifs : Conseil d'Etat, 14 mars 1902 ; *Fichet*, p. 189 ; 22 avril 1904, *Compagnie du canal de Beaucaire*, p. 333 ; 18 Décembre 1903, p. 812.

2. Ouverture du recours en indemnité : Conseil d'Etat, 30 juin 1899, *V. de Lorient*, p. 485 ; 13 janvier 1904, *Fichet*, p. 27. Voir Jèze, *Contrats administratifs*, R. D.P., 1932, p. 581 et suiv.

citoyens, du moins un très grand nombre, telle la loi du 9 avril 1898 : le Conseil d'Etat rejette le recours en indemnité, car « le caractère général de la loi s'oppose à ce que le concessionnaire puisse réclamer la réparation du préjudice qui lui est causé »¹. Il en est de même des lois fiscales générales auxquelles le concessionnaire est assujéti comme l'ensemble des contribuables.

Mais sous une généralité apparente, une mesure réglementaire peut occasionner un préjudice dont en fait le concessionnaire supportera seul le poids. Le cas le plus fréquent est celui où des taxes municipales, en particulier des droits d'octroi, viennent grever les matières premières nécessaires à l'exploitation du service, le charbon nécessaire à la fabrication du gaz d'éclairage : sans doute le concessionnaire n'est-il pas seul assujéti à ces taxes ; mais l'élévation du prix de revient de ses matières premières dont il ne peut, à l'inverse des autres industriels, rejeter le poids sur les usagers, détruit l'équilibre de son exploitation ; ce fait spécialise le préjudice, et permet le jeu de la garantie contractuelle. Aussi la jurisprudence, après avoir pendant longtemps rejeté les recours formés par les concessionnaires des communes lésés par l'augmentation des taxes municipales, a-t-elle fini par faire droit à leurs demandes².

2° Mais ici intervient la seconde condition : l'imprévisibilité du préjudice subi ; pour justifier l'ouverture du recours, la surcharge éprouvée par le concessionnaire doit avoir échappé aux prévisions des parties contractantes.

Nous savons que la garantie contractuelle incluse dans

1. Conseil d'Etat, 10 janvier 1908, *Noiré et Beyssac*, p. 20, conclusions du Commissaire du Gouvernement, Tardieu, R.D.P., 1908, p. 58 et 663, note du Professeur Jèze ; 21 novembre 1919, *Messageries maritimes*, p. 848 (dépenses entraînées par l'application de la loi du 17 avril 1907 et du Décret du 20 septembre 1908 sur la sécurité de la navigation maritime et la réglementation du travail à bord des navires de commerce) : « ces dépenses supplémentaires, que la Compagnie des Messageries maritimes a eu à supporter dans les mêmes conditions que tous les armateurs, fait partie des frais généraux à la charge exclusive de la dite Compagnie », 3 avril 1903, *Mistral et Pavie*, p. 306 (modification du régime pénitentiaire entraînant la diminution du nombre des détenus dans une maison centrale).

2. Jurisprudence primitive rejetant le recours en indemnité : Conseil d'Etat, 17 avril 1874, *Gaz de Warzennes*, p. 336 ; 30 novembre 1883, *Clarke et Anderson*, p. 861 ; 20 décembre 1895, *V. de Libourne*, p. 834. Voir plus loin la nouvelle jurisprudence.

le traité de concession ne couvre pas l'aléa normal de l'exploitation ; le mécanisme financier de l'exploitation du Service ne comporte pas la garantie d'une équation rigide entre les gains et les pertes, qui exigerait une adaptation constante. Le concessionnaire prend à sa charge les risques normaux de perte, comme il s'assure un bénéfice raisonnable : ses relations avec l'autorité concédante sont dominées, avons nous dit, par l'idée d'une collaboration loyale et réciproque ; cette collaboration exige que les risques soient partagés dans une certaine mesure entre les parties. L'aléa normal, c'est celui en prévision duquel les parties ont établi les conditions du contrat ; il fait partie intégrante du « forfait d'exploitation » ; son événement ne doit pas donc donner lieu à compensation.

C'est pourquoi la jurisprudence attache une importance primordiale au caractère prévisible ou non de la mesure réglementaire préjudiciable : elle n'ouvre le recours en indemnité que si l'acte constitue un aléa anormal, ayant échappé aux prévisions des parties. La solution du litige sera subordonnée à l'interprétation de la volonté des contractants : ce qui établit d'une façon décisive le caractère essentiellement contractuel du recours en indemnité, et en même temps du mécanisme financier de l'exploitation du Service considéré dans son ensemble¹.

L'interprétation de la volonté des parties a conduit parfois, d'ailleurs, à des solutions divergentes : notamment pour le recours du concessionnaire du gaz en remboursement des droits d'octroi. La jurisprudence avait cru devoir

1. Voir en particulier : Conseil d'Etat, 19 novembre 1909, *Compagnie générale transatlantique*, p. 890, R.D.P. 1910, p. 72, note Jèze (sur l'application du décret du 22 juin 1904 modifiant les règles à suivre pour le jaugeage des navires, entraînant l'augmentation des droits établis sur la jauge nette des navires) : cette mesure était prévisible, la loi du 5 juillet 1836 ayant prévu que le gouvernement pourrait toujours modifier le mode de jaugeage des navires ; 14 mars 1924, *Compagnie des messageries fluviales de la Cochinchine*, p. 297 conclusion du Commissaire du Gouvernement Mazerat (préjudice causé par la non application du décret du 21 décembre 1911 sur la marine marchande) : la Compagnie n'a pu contracter en prévision des avantages résultant de ce décret qui n'avait jamais été appliqué. Voir au contraire : 24 novembre 1905, *Compagnie Parisienne de l'air comprimé*, et *Compagnie générale des eaux*, p. 863 (deux arrêts) : surcharges imprévisibles donnant lieu à indemnité.

limiter l'indemnisation au cas où une taxe nouvelle était créée : l'augmentation d'une taxe déjà existante au moment du contrat passant au contraire pour un aléa prévisible. Le Conseil d'Etat est revenu sur cette distinction, en décidant que les parties avaient établi leurs prévisions « d'après l'état de choses existant au moment de la conclusion du traité »¹.

II

Si le recours du concessionnaire repose, comme nous avons tenté de l'établir, sur la garantie contractuelle incluse dans le traité, son ouverture est subordonnée à l'existence d'un préjudice excédant les prévisions des parties : quant à l'acte lui-même, générateur du préjudice, ses caractères sont indifférents. L'acte administratif est un simple élément de fait qui, en provoquant la rupture de l'équilibre financier du Service, déclenche le jeu de la garantie contractuelle : il n'a aucun lien de causalité directe avec le recours en indemnité².

1°. Peu importe que l'acte émane de l'Administration concédante elle-même ou d'une autre Administration : l'indemnisation du concessionnaire lésé n'est pas une pénalité frappant l'auteur de l'acte, mais l'exécution pure et simple du contrat. La jurisprudence est aujourd'hui bien établie en ce sens³.

L'opinion contraire a été soutenue, inspirée par la conception très discutable qui fonde le recours en indemnité sur la prétendue atteinte au contrat : il serait en effet injuste de faire supporter par l'Administration concédante le poids

1. Conseil d'Etat, 29 décembre 1905, *Bardy*, p. 1014, conclusions du Commissaire du Gouvernement Romieu, 15 décembre 1922, *Ville de Rennes*, p. 945. Contra : Conseil d'Etat, 9 avril 1897, *Ville de Montluçon*, p. 305, conclusions du Commissaire du Gouvernement Arrivière ; 1^{er} mai 1896, *Gaz d'Aurillac*, p. 355.

2. Duez, *op. cit.*, p. 99 : « Les distinctions ne peuvent être cherchées que dans l'interprétation du contrat à contenu variable, et non rattachées au fait constant de l'apparition d'un acte législatif nouveau ».

3. Conseil d'Etat, 20 mai 1904, *Compagnie Marseillaise de navigation*, p. 525 ; 28 novembre 1924, *Tanti*. R.D.P. 1925, p. 76. Contrat : conclusions des Commissaires du Gouvernement Teissier, sous l'arrêt du 20 mai 1904 ci-dessus, et Romieu, sous l'arrêt du 29 décembre 1905, *Bardy*.

d'une mesure qui lui est étrangère. Ces considérations, exprimées notamment par la voix autorisée de M. Teissier, Commissaire du Gouvernement, n'ont pas emporté l'adhésion du Conseil d'Etat.

2° Peu importe que la mesure envisagée soit ou non favorable à l'Administration.

On a tenté de restreindre l'ouverture de l'action en indemnité aux mesures d'ordre fiscal ; dans des termes voisins, Hauriou exigeait un acte de nature économique. Dans cette conception, on fonde l'obligation de l'Administration sur l'enrichissement réalisé¹.

La jurisprudence ne s'est jamais ralliée à cette distinction : il est bien évident d'ailleurs que si l'Administration concédante peut être condamnée du fait d'une mesure qui lui est étrangère, à plus forte raison engage-t-elle sa responsabilité par ses propres actes, par ceux même dont elle ne tire aucun profit.

3° La nature juridique de l'acte est indifférente : la loi formelle, comme le règlement, ouvre le recours en indemnité.

Sans doute le principe est-il toujours que la puissance publique n'engage pas sa responsabilité par l'émission d'une loi formelle : « Condamner l'Etat à des dommages-intérêts serait écarter partiellement et individuellement l'application de la loi ; or, celle-ci s'impose au juge ; elle est à elle-même sa propre cause justificative »². C'est le dernier bastion de l'irresponsabilité de la puissance publique.

On a prétendu faire application de ce principe pour écarter le recours en indemnité du concessionnaire lorsque le préjudice résultait d'une loi. Dans un avis du 3 juin 1891, le Conseil d'Etat déclarait : « Il importe d'établir une distinction entre les modifications qui seraient apportées par la voie législative au régime en vigueur, et celles qui résulte-

1. Voir en ce sens les conclusions du Commissaire du Gouvernement Tardieu sous Conseil d'Etat, 10 janvier 1908, *Noiré et Beyssac*, p. 20 ; la note du Professeur Jèze sous le même arrêt, R.D.P. 1908, p. 663 ; la note du Professeur Hauriou, sous Conseil d'Etat, 19 novembre 1909, *Zeilabazdine*, S., 1910-3-1.

2. Duez, *op. cit.*, p. 480. Cf. Duguit, *De la responsabilité pouvant naitre à l'occasion d'une loi* R.D.P., 1910, p. 637.

raient de décrets ou d'arrêtés ministériels ; si les secondes, en effet, ne peuvent être imposées sans indemnité, il n'en est pas de même des premières qu'il appartient au législateur de déclarer immédiatement applicables de plein droit et sans indemnité aux entreprises en cours d'exécution. »

La jurisprudence récente n'a pas suivi cette distinction : elle n'oppose plus au recours en indemnité la fin de non recevoir tirée de la nature législative de l'acte préjudiciable ; le principe de l'irresponsabilité à raison de la loi n'a rien à voir dans cette matière, qui est contractuelle, et non délictuelle.

4^o Le concessionnaire doit être indemnisé du fait, non seulement des actes positifs, mais aussi des négligences et des abstentions préjudiciables. La jurisprudence a fait de ce principe de nombreuses applications : à l'inobservation d'un règlement de police relatif à l'hygiène publique, imputable à la négligence de l'autorité municipale et rendant plus onéreuse l'exploitation du Service du nettoyage de la voie publique ; à la méconnaissance des règlements sur la vente et l'abattage des animaux, préjudiciable au concessionnaire des halles et d'abattoirs municipaux : dans tous ces cas, l'Administration concédante doit réparer le préjudice causé par la tolérance ou l'inertie des Pouvoirs Publics¹.

Tels sont les quelques principes qui gouvernent la garantie du concessionnaire contre l'aléa administratif. M. le Commissaire du Gouvernement Romieu, dans ses conclusions dans l'affaire *Bardy*, les résumait ainsi : « La puissance publique peut toujours, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi, prendre les mesures d'autorité réglementaires ou fiscales qu'elle estime néces-

1. Voir en particulier : (concessions de nettoyage de la voie publique) Conseil d'Etat, 10 janvier 1890, *Lorin*, p. 4 ; 13 décembre 1895, *Lorin*, p. 820 ; 12 décembre 1924, *Ville de Dieppe*, R.D.P. 1925, p. 64, conclusions du Commissaire du Gouvernement Rivet ; 30 mars 1927, *Gasnos*, p. 409 ; (concessions de droits d'abattage) Conseil d'Etat, 12 janvier 1906, *Commune de Caudry*, p. 22 ; 31 juillet 1912, *Dlle Mayer*, p. 908 ; (concession de halle) ; 4 mai 1900, *Comm. de la Turballe*, p. 303. Voir également Conseil d'Etat, 14 mars 1924, *Compagnie des Messageries fluviales de la Cochinchine*, p. 297 : recours fondé sur l'inapplication du décret du 21 décembre 1911 sur la marine marchande et la concurrence des bâtiments étrangers naviguant sous pavillon français.

saïres en vue des besoins de la vie collective auxquels elle est chargée de pourvoir ; mais si ces mesures, légales et légitimes en elles-mêmes, aggravent d'une manière directe les charges des contrats passés avec elle pour l'exécution de ses Services Publics, avec les entrepreneurs, fournisseurs ou concessionnaires, dans des conditions ou proportions qui n'ont pu entrer dans les prévisions des parties contractantes, elle doit en supporter les conséquences pécuniaïres comme cela aurait lieu si elle exécutait elle-même le Service ».

Section II

La garantie de l'aléa économique

L'organisation financière du service concédé doit couvrir tous les risques anormaux de l'exploitation. Nous avons vu que la jurisprudence ouvrait largement le recours en indemnité du préjudice causé par les actes de l'Administration ; qu'elle prenait en considération les caractères intrinsèques du préjudice subi, plutôt que ceux de l'acte qui en était la cause. Si la garantie contractuelle de l'équilibre financier est à la base du recours, il n'y a pas lieu d'en limiter la portée aux risques administratifs ; elle doit s'étendre aux différents aléas de l'exploitation du Service, à l'aléa économique en particulier.

Nous n'avons pas à refaire l'exposé d'ensemble de la théorie célèbre de l'Imprévision, dont le bouleversement économique consécutif à la guerre mondiale devait favoriser l'éclosion : nous voulons en souligner seulement quelques traits, qui précisent utilement la physionomie juridique de la concession de Service Public.

§ 1. — *Le principe de l'indemnisation.* *Son fondement juridique*

Le recours qu'ouvre au concessionnaire la situation d'Imprévision, comme le recours ouvert par le fait du Prince, repose sur la garantie contractuelle incluse dans

le traité. L'obligation pour l'Administration de rétablir l'équilibre financier de l'exploitation bouleversé par les circonstances économiques découle de l'association contractée par les parties: elle entre dans le jeu normal du contrat compensateur, base de l'organisation financière du Service.

L'application au contrat de concession des règles du droit privé conduisait au rejet du recours : le droit civil ne connaît pas de moyen terme entre la rupture du contrat résultant de la force majeure, et sa stricte exécution en dehors de cette hypothèse extrême¹.

Les contrats administratifs réclamaient une solution plus nuancée : le fonctionnement régulier des Services Publics ne peut s'accommoder, ni de la rupture brutale du lien contractuel, ni de la ruine du contractant. Il fallait trouver un terrain d'entente sur le plan indemnitaire : ainsi naquit, bien avant la guerre, dans la jurisprudence relative aux marchés d'entreprise, la théorie de l'Imprévision².

Sous ce premier aspect la théorie de l'Imprévision, née sous la pression des nécessités pratiques, devançait l'analyse doctrinale : il fallait lui trouver une base juridique solide, justifier l'application au contrat administratif de règles exceptionnelles. Dans sa forte étude publiée à la veille de la guerre, M. le Professeur Paul Roubier montra le premier comment la technique juridique du droit public conduisait à interpréter les obligations contractuelles en fonction des nécessités publiques variables et des circonstances économiques : « Le contrat a créé une situation qui évoluera avec le temps, le milieu et les besoins nouveaux ; chaque terme de cette évolution devra marquer une adaptation du contrat, de telle manière que le système de prestations

1. Jurisprudence des tribunaux judiciaires repoussant le recours du concessionnaire : Trib. Civ. Seine, 19 février 1916, *Compagnie de l'éclairage des villes c/ Combe*, Revue des Conc. 1916, p. 279, Chambéry, 28 février 1916, *Ville d'Aix-les-Bains*, S., 1917-2-85.

2. Sur les origines de la théorie de l'Imprévision, voir les conclusions du Commissaire du Gouvernement Chardenet sous Conseil d'Etat, 30 mars 1916, et Gros, *Conséquences juridiques de la guerre sur les Services Publics concédés*, p. 35-6.

respectives se maintienne dans l'équilibre économique naturel »¹.

Le contrat administratif comporte l'engagement implicite de collaborer à la gestion du Service dans toutes les circonstances que traversera son exécution, de satisfaire aux extensions nécessitées par les besoins publics. Particulièrement souple est le contrat de concession, qui double l'organisation réglementaire d'un Service Public dont la gestion doit être assurée avec une continuité rigoureuse : contre l'adhésion à la loi flexible du Service, l'Administration garantit au concessionnaire l'équilibre financier de son exploitation ; le contrat se résume dans un engagement de collaboration loyale qui comporte l'équivalence des prestations respectives, l'adaptation des conditions d'exploitation aux circonstances économiques. Commentant l'arrêt fameux du 30 mars 1916, le Doyen Hauriou en résumait le sens profond dans cette formule : « L'objet du contrat initial est d'établir un équilibre raisonnable entre les droits et les obligations du concessionnaire et les nécessités du Service Public ; cette économie contractuelle d'ordre essentiellement pécuniaire constitue une sorte de mécanisme compensateur destiné à régulariser les relations entre l'entrepreneur et l'entreprise, mécanisme qui suppose avant tout la primauté de l'entreprise du Service Public »².

La base juridique de la théorie de l'Imprévision se confond donc avec celle de la théorie du fait du Prince : elles ne se distinguent que par les circonstances qui, en détruisant

1. *De l'influence des changements de circonstances sur les contrats de droit public*, Thèse, Lyon, 1914, p. 87.

2. Cf. C. Préf. Seine Inférieure, 10 novembre 1915, *Ville de Gournay et autres*, Rev. des Conc. 1916, p. 59 : « Considérant que la base essentielle du contrat de concession consiste dans l'équivalence entre les obligations du concessionnaire et les bénéfices qui lui sont permis, dans l'existence d'un juste équilibre entre les charges et les avantages... ». L'étroite connexité entre la théorie de l'Imprévision et la notion du contrat administratif délimite la portée d'application de la théorie : la jurisprudence l'étend aux marchés de fournitures comportant une participation continue à la gestion d'un Service Public (Conseil d'Etat, 8 février 1918, *Gaz de Poissy*, p. 120, conclusions du Commissaire du Gouvernement Corneille), et non au marché à prestations isolées (Conseil d'Etat 3 décembre 1920, *Fromassol*, p. 1036, conclusions du Commissaire du Gouvernement Corneille).

l'équilibre financier du Service, provoquent l'application de la garantie contractuelle ; mais nous ne croyons pas que la distinction de l'aléa administratif et de l'aléa économique ait aucune influence sur la nature juridique du recours ¹.

L'Imprévision s'oppose au contraire à d'autres situations juridiques dont on a parfois tenté de la rapprocher :

1°. Dans une conception assez répandue, l'Imprévision ne serait qu'une extension de la force majeure : à côté de l'impossibilité absolue d'exécuter le contrat, la jurisprudence administrative prenant en considération les difficultés exceptionnelles d'exécution pour indemniser le contractant ².

Nous ne voyons aucun intérêt à rapprocher ces deux notions qui n'ont en réalité rien de commun : la force majeure emporte la rupture du lien contractuel ; elle libère le contractant d'une obligation dont l'exécution est rendue impossible. La théorie de l'Imprévision aboutit au résultat diamétralement opposé : elle suppose avant tout l'exécution du contrat nécessaire à la continuité du Service ; le Service doit continuer, le concessionnaire a le devoir et aussi le droit d'en conserver la gestion ; mais l'Administration est tenue de son côté d'en faciliter l'exploitation dans les conditions financières prévues au contrat ; le recours du concessionnaire « se rattache à l'idée que les contrats doivent être exécutés de bonne foi » ³.

2°. Dans une conception fort ingénieuse, M. Blaevoet a présenté récemment la théorie de l'Imprévision comme une application de la gestion d'affaires : nous y trouvons en effet l'obligation pour le gérant d'assurer la continuation du Service, et l'obligation pour le maître d'indemniser le gérant ⁴. A l'appui de cette opinion, il invoque quelques

1. Cf. notes du Professeur Hauriou, au S., 1916-3-17, sous 30 mars 1916, *Gaz de Bordeaux*, et au S., 1920-3-25, sous 27 juin 1919, *Gaz de Nice*, et la note de M. Closset au D., 1927-3-17.

2. Voir en particulier Blondeau, *La concession de Service Public*, 2° partie, ch. III.

3. Laroque, note au S., 1933-3-9, sous Conseil d'Etat, 9 décembre 1932, *Tramways de Cherbourg*.

4. Blaevoet, note au D., 1931-3-5, sous Conseil d'Etat, 27 juin 1930, *Philippe*, et 16 janvier 1931, *Bonniol*.

décisions récentes qui appliquent la théorie de l'Imprévision au cas où, l'acte de concession étant entaché de nullité, le concessionnaire assurait sans droit l'exploitation du Service¹.

Cette assimilation, séduisante mais artificielle, a été réfutée par M. Mestre d'une façon décisive : la gestion du Service, du fait de la concession, est devenue l'affaire de l'exploitant ; celui-ci, d'autre part, en assurant la gestion du Service, le fait dans son intérêt propre, non dans celui de l'Administration concédante. Les éléments constitutifs de la gestion d'affaires ne sont donc pas réunis dans la concession de Service Public.

Le Conseil d'Etat se gardait d'être aussi précis et, dans les deux décisions précitées, il qualifie la situation d'« extra contractuelle » : le recours du concessionnaire, en l'absence d'un contrat régulier, repose sur une situation voisine du contrat, et comme telle génératrice de droits et d'obligations, tirant sa valeur juridique de la commune volonté des parties².

§ 2. — Conditions d'application et modalités de l'indemnisation.

1^o Ouverture de la situation d'Imprévision.

L'organisation financière du Service ne garantit pas le concessionnaire de tous les aléas de l'exploitation : dans le

1. Conseil d'Etat, 27 juin 1930, *Philippe*, et 16 janvier 1931, *Bonniol*, D., 1931-3-5, note de M. Blaevoet, et S., 1931-3-57, note du Professeur Mestre. « Considérant que s'il est établi que le prix perçu par la Société requérante n'était plus en rapport avec les conditions économiques bouleversées par la guerre, la circonstance que la requérante n'avait pas la qualité de concessionnaire ne pouvait pas la priver du droit d'obtenir de la ville, à titre quasi-contractuel, une compensation équitable du déficit subi par elle dans l'exécution du Service Public de l'éclairage ».

2. Sur l'application nouvelle et inattendue de la théorie de l'Imprévision à des situations extra-contractuelles du droit public, voir Conseil d'Etat, 10 février 1928, *Pechdo*, S., 1929-3-113 ; application à la redevance versée par un permissionnaire de prise d'eau. Nous ne croyons pas que cette solution puisse infirmer nos précédentes conclusions, si l'on considère que le recours en indemnité découle en définitive de la collaboration à l'entreprise administrative, et que cette collaboration peut se manifester dans les situations extra-contractuelles (Cf. Hauriou, *La gestion administrative*) : c'est un point que nous ne pouvons que signaler, sans avoir le loisir de développer davantage.

« calcul d'équivalence honnête » qui est à la base du contrat, le concessionnaire prend à sa charge les risques normaux de sa gestion¹. La situation d'Imprévision exige que, par un concours de circonstances exceptionnelles, les charges de l'exploitation viennent à subir une augmentation « qui, dans une mesure déjouant tous les calculs, dépasse certainement les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties lors de la passation du contrat », et que par suite l'économie du contrat s'en trouve bouleversée.

Telle était la situation quelques mois après l'ouverture des hostilités. Nous ne rappellerons pas les premiers tâtonnements de la jurisprudence sur cette question primordiale, qui partagea les Conseils de Préfecture pour être finalement tranchée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt célèbre du 30 mars 1916² : voici les conditions auxquelles la jurisprudence subordonne l'ouverture de la situation d'Imprévision.

a. La cause occasionnelle qui provoqua pour la première fois le jeu de la garantie de l'Imprévision était la hausse des prix du charbon nécessaire à la fabrication du gaz. Le prix du charbon était-il le seul élément susceptible d'ouvrir la situation d'imprévision ? Ce fut la première solution adoptée par le Conseil d'Etat (26 juin 1919, *Gaz de Nice*, S., 1920-3-25, conclusion du Commissaire du Gouvernement Riboulet et note du Professeur Hauriou). Cette

1. Conseil d'Etat, 30 mars 1916, *Gaz de Bordeaux* : « En principe, le contrat de concession règle de façon définitive les obligations respectives du concessionnaire et du concédant ; la variation du prix des matières premières, à raison des circonstances économiques, constitue un aléa du marché qui peut, suivant les cas, être favorable au défavorable au concessionnaire et demeure à ses risques et périls, chaque partie étant réputée avoir tenu compte de cet aléa dans les calculs et prévisions qu'elle a faits avant de s'engager ». (formule de style reproduite dans tous les arrêts postérieurs).

2. Voir la jurisprudence des Conseils de Préfecture dans la *Revue des Concessions*, 1916, p. 311 à 338, et 1917, p. 161 à 227.

Pour la jurisprudence hostile au principe de l'indemnité d'imprévision, voir en particulier l'arrêté très fortement motivé du Conseil de Préfecture de Maine et Loire, 7 février 1917, *Ville de Cholet*, p. 135 : le contrat de concession règle d'une façon définitive les obligations des parties ; les variations des prix des matières premières constituent un aléa normal du marché qui reste aux risques et périls du concessionnaire ; la concession est un contrat à longue durée dans lequel l'équilibre général des charges et des avantages doit être envisagé sur toute la durée de la concession.

solution justement critiquée devait céder sous la pression des faits : elle ne répondait pas à l'esprit de la théorie de l'Imprévision qui est de rétablir l'équilibre des profits et des charges considéré dans son ensemble. Aussi les arrêts postérieurs, tout en consacrant l'extension de la théorie de l'Imprévision aux entreprises de distribution d'électricité, de transports automobiles et maritimes, prennent-ils en considération tous les frais d'exploitation¹.

b. L'interprétation de la volonté des parties domine l'application de la théorie de l'Imprévision : l'indemnisation n'a lieu que si la majoration des charges d'exploitation devait échapper aux prévisions raisonnables des parties.

La jurisprudence a fait de ce principe une application très libérale dans l'interprétation des clauses des traités antérieurs à la guerre prévoyant la variation des tarifs en fonction des frais d'exploitation : ces clauses, ne concernant que les difficultés économiques concevables en temps de paix, ne peuvent avoir qu'une portée limitée et ne s'opposent pas à la réparation du préjudice occasionné par les circonstances exceptionnelles du temps de guerre².

Mais si, après l'ouverture des hostilités, les parties ont adapté les conditions d'exploitation à la situation nouvelle dans un avenant au traité, le recours est-il désormais irréductiblement fermé ? Certains Conseils de Préfecture ont en effet jugé que le concessionnaire, en acceptant les conditions nouvelles, envisageait nécessairement toutes les majorations susceptibles de résulter de la situation de guerre, que le caractère forfaitaire de l'avenant s'opposait aux réclamations ultérieures³.

1. C. de distribution d'électricité : Conseil d'Etat, 28 octobre 1921, *Ville de Melun*, p. 888 ; 3 février 1922, *Ville de Chelles*, p. 97 ; C. de transports automobiles : Conseil d'Etat, 20 juillet 1917, *Automobiles postales*, Revue des concessions, 1917, p. 272 ; 25 novembre 1921, *Automobiles postales*, S., 1923-3-33, note Hauriou, D., 1925-3-17, note Closset. C. de transports maritimes : Conseil d'Etat, 3 août 1917, *Messageries maritimes*, p. 620.

2. Conseil d'Etat, 20 janvier 1920, *Limoges*, p. 78 ; 12 mars 1920, *Automobiles postales*, p. 274 ; 26 mars 1920, *Agen*, p. 344 ; 14 mai 1920, *Cannes*, p. 480.

3. Conseils de Préfecture Seine-Inférieure, 18 octobre 1917, *Darnetal*. Revue des Concessions, p. 128 ; Seine et Oise, 5 février 1919, *Rueil*, Revue des Concessions, 1919, p. 62.

Le Conseil d'Etat s'attache à scruter d'une manière plus profonde les prévisions véritables des parties : il admet l'existence d'une Imprévision « relative » ; l'avenant n'a pu prévoir les majorations futures « que dans la mesure où l'amplitude de la hausse pouvait être escomptée à l'époque où il a été réalisé »¹. Si cependant les termes de l'avenant ont un caractère « si général et si absolu, eu égard aux événements expressément visés par les parties, qu'ils ne permettent pas, sans violer leur commune intention, d'admettre la possibilité d'une nouvelle Imprévision », le juge rejettera le recours². Cette solution nuancée, moulée sur une minutieuse interprétation de la volonté des contractants, révèle d'une façon significative le support essentiellement contractuel du recours en indemnité.

c. Les surcharges d'exploitation ne doivent pas seulement dépasser les prévisions des parties : encore doivent-elles bouleverser l'économie du contrat ; et pour évaluer ce bouleversement, il faut considérer le contrat dans son ensemble. Aussi ne peut-on, sans méconnaître l'esprit de la théorie de l'Imprévision, l'appliquer à des situations où l'équilibre de l'exploitation se trouverait assuré par d'autres moyens : telle est la situation pour les Compagnies de chemins de fer d'intérêt général dont l'équilibre financier est assuré par le jeu du fonds commun et des avances de l'Etat ; c'est pourquoi le Conseil d'Etat a récemment rejeté le recours formé par la Compagnie du Midi en remboursement des surcharges extra-contractuelles supportées dans l'exécution de travaux³.

2° Liquidation de la situation d'Imprévision.

La liquidation de la situation d'imprévision comporte

1. Conseil d'Etat, 20 janvier 1920, *Montmorillon*, p. 80 ; 30 avril 1920, *Compagnie Elbeuvienne*, p. 418 ; 21 mai 1920, *Neuilly-sur-Seine*, p. 526.

2. Conseil d'Etat, 2 février 1923, *Compagnie française d'éclairage et de chauffage par le gaz*, p. 112 ; 23 juillet 1922, *Société d'éclairage et de force*, p. 672 ; 8 février 1914, *Omnium français*, p. 147.

3. Conseil d'Etat, 28 mars 1930, *Chemins de fer du Midi*, R.D.P. 1930, p. 722 ; cf. les conclusions de M. Josse, Commissaire du Gouvernement : « Chaque réseau ne peut plus être regardé comme une entreprise susceptible de réaliser des bénéfices propres ; de ce régime découle une première conséquence absolue, qui élimine une des idées essentielles de la théorie de l'Imprévision, la crainte de l'interruption du service ».

deux opérations : d'une part l'appréciation de la part du déficit qui doit donner lieu à compensation, d'autre part l'évaluation de l'indemnité.

On sait que le système de la jurisprudence gravite autour de la notion de la *période extra-contractuelle*.

S'agissant de faire face à une situation exceptionnelle et temporaire, on isolera dans le temps, comme une tranche autonome, la période dans laquelle l'application du contrat est suspendue : « C'est une sorte de superstructure, qui ne refait point le contrat, dont la vitalité ne s'éteint point, mais s'y ajoute pour aider à l'exécution d'un Service Public qui ne doit pas cesser de fonctionner »¹.

L'isolement de la période extra-contractuelle se caractérise par l'exclusion, dans l'évaluation de la surcharge, des bénéfices passés et des perspectives d'avenir; on y incorpore, au contraire, tous les éléments de l'exploitation dans la période envisagée. Le déficit extra-contractuel peut être compensé par les bénéfices que tire le concessionnaire d'une autre exploitation : le cas s'est présenté de la gestion par un même industriel d'une distribution de gaz déficitaire et d'une distribution d'électricité prospère; les profits réalisés avant l'ouverture ou après l'expiration de la période extra-contractuelle sont au contraire acquis au concessionnaire².

Cette conception d'une situation extra-contractuelle parallèle à la situation contractuelle, mais séparée d'elle par une cloison étanche, a été maintes fois critiquée comme artificielle et arbitraire. N'est-il pas contradictoire, dès qu'on admet l'isolement de la période extra-contractuelle, d'admettre la compensation d'éléments contractuels venant limiter la perte? le droit à indemnité n'est plus fondé, dès lors, sur le dommage extra-contractuel, mais sur le déficit

1. Conclusions de M. Riboulet, Commissaire du Gouvernement, sous Conseil d'Etat, 11 avril 1919, *Compagnie d'éclairage et chauffage par le gaz* p. 378; Cf. De la Taste, *La crise du gaz*, Revue des Concessions, 1916, p. 209.

2. Conseil d'Etat, 21 et 28 février 1919, *Gaz de Libourne et autres*, p. 60 de suiv, et surtout 11 avril 1919, *Compagnie française d'éclairage et chauffage par le gaz*, p. 378, conclusions du Commissaire du Gouvernement Riboulet, 27 juin 1919, *Gaz de Nice*, S., 1920-3-25, conclusion du Commissaire du Gouvernement Riboulet et note du Professeur Hauriou.

du bilan. Cette interpénétration réciproque de deux situations qu'on avait commencé par séparer, limitée dans le temps à la période extra-contractuelle, n'est qu'une cote mal taillée¹.

En réalité, justifier l'indemnité d'Imprévision par la notion d'une situation extra-contractuelle correspond à la même erreur que de justifier l'indemnité du fait du Prince par la notion de la violation du contrat : ces deux conceptions procèdent d'une vue erronée de la situation. On pressent que, dans l'ouverture du recours, le contrat a un rôle à jouer : mais on méconnaît son véritable rôle en présentant l'ouverture du recours, soit comme la réparation de la violation du contrat, soit comme la contrepartie d'une obligation extérieure au contrat, alors qu'elle découle au contraire de l'application du contrat. L'erreur vient de la confusion entre l'organisation réglementaire du Service, à laquelle le concessionnaire est soumis objectivement, et le contrat compensateur qui garantit l'équilibre financier de l'exploitation : le rôle du contrat est précisément de rétablir la balance des profits et des charges, si elle se trouve compromise par les nécessités du fonctionnement du Service, en ouvrant des recours appropriés ; l'exécution du Service dans des conditions déficitaires, bien loin de sortir du cadre du contrat, en provoque au contraire l'application par l'appel à la garantie contractuelle. Dès lors, la rupture de l'équilibre financier qui ressort de la comparaison des profits et des charges doit être évaluée sur la durée globale de l'exploitation : il n'y a pas lieu pour l'apprécier d'isoler la période déficitaire où la garantie contractuelle est appelée à jouer.

Le Conseil d'Etat s'est d'ailleurs rallié à cette solution lorsque, réglant la dernière opération de la liquidation, il répartit la charge extra-contractuelle entre l'Administration et le concessionnaire. Le concessionnaire doit avoir sa part dans les pertes : l'association contractée exige qu'il supporte dans une part restreinte les conséquences d'une

1. Voir la critique serrée de cette notion dans la note précitée du Professeur Hauriou au S., 1920-3-25.

situation d'ailleurs transitoire ; il ne sera donc indemnisé que partiellement de son déficit d'exploitation. Mais pour arbitrer sa part, « il y a lieu de faire état, d'une manière générale, de tous les faits de la cause de nature à influencer sur les conditions d'exploitation de la concession »¹.

La participation du concessionnaire au déficit, et le calcul de la répartition du déficit d'après une évaluation échelonnée sur toute la durée du contrat, marque une étape vers la solution de la situation d'Imprévision sur la base de l'équilibre total du contrat. La compensation des pertes anormales avec les bénéfices réalisés ou à réaliser imprime à la théorie de l'Imprévision un caractère nettement bilatéral, qui s'accorde avec l'esprit du contrat : car l'engagement d'une collaboration loyale et réciproque à la gestion du Service, qui est au fond des relations contractuelles des parties, ne tend qu'à garantir au concessionnaire une équitable corrélation de ses charges et de ses profits.

3° Liquidation de la situation définitive consécutive à la situation d'Imprévision.

Le Conseil d'Etat, dans les premières années, avait cru ne liquider qu'une situation transitoire. Ses prévisions optimistes se trouvèrent déjouées : les circonstances économiques génératrices du déficit des exploitations se prolongeaient et s'aggravaient ; après la restriction des marchés de matières premières, la dépréciation de l'unité monétaire concourait à l'ascension vertigineuse du coût de production.

La doctrine tenta d'adapter la théorie de l'Imprévision à la consolidation de la situation nouvelle. L'isolement de la période extra-contractuelle devait pour cela être abandonnée, la liquidation opérée sur la base de l'équilibre total du contrat. Le Doyen Hauriou proposait la généralisation du système du compte d'exploitation dont les concessions de Chemins de fer fournissaient l'exemple, le rem-

1. Conseil d'Etat, 28 octobre 1921, *Fusion des gaz*, p. 886 ; 30 décembre 1921, *Société suburbaine du gaz et de l'électricité*, p. 1127 ; 25 novembre 1921, *Automobiles postales* ; 2 mars 1923, *Versailles c / Fusion des gaz* ; 20 juillet 1923 *Compagnie d'éclairage de Bordeaux c / Bordeaux*, et 10 août 1923, *Société d'éclairage d'Oloron, S.*, 1923-3-33, note du Professeur Hauriou.

placement de l'indemnité définitive par l'avance remboursable doublée d'une garantie d'intérêts¹. Beaucoup d'auteurs critiquaient la participation du concessionnaire, d'ailleurs minime, au déficit, comme une survivance injustifiée². Le Conseil d'Etat se maintint sur ses positions, affirmant le caractère transitoire de la situation d'Imprévision³.

La haute juridiction vient enfin, dans un arrêt récent, de donner des directives précises pour l'adaptation définitive des conditions d'exploitation à la situation nouvelle. La solution est dominée par cette distinction fondamentale⁴ :

Ou bien l'exploitation du service doit continuer : l'Administration concédante doit au concessionnaire une aide effective, sous forme d'un concours financier ou d'un reniement des conditions d'exploitation ; elle garantira au concessionnaire un bénéfice supérieur en relevant les tarifs, en lui accordant un monopole de droit ou de fait. L'essentiel est que l'équilibre de l'exploitation se trouve finalement assuré : mais l'Administration ne peut se décharger de ses obligations en donnant au concessionnaire carte blanche pour relever les tarifs si cette mesure est inopérante à combler le déficit.

Nous arrivons à la seconde hypothèse : le Service a cessé d'être « payant » ; il est déserté par les usagers : ce qui est actuellement le cas pour beaucoup de Services de chemins de fer d'intérêt local ou de tramways auxquels le public préfère les services automobiles plus rapides. Le relève-

1. Cf. Berthélémy, *Communes et gaziers*, p. 41. — Circulaire Malvy du 19 août 1916. Cette solution n'a pas été sans trouver quelques échos dans la jurisprudence : Conseil de Préfecture Seine, 21 novembre 1916, *Société d'éclairage, chauffage et force motrice d'Alfortville*, Revue des Concessions 1616, p. 346 : « La solution la plus adéquate aux circonstances eût pu être trouvée dans une entente amiable qui aurait comporté l'ouverture par le concédant au concessionnaire d'un compte d'avances réalisables au fur et à mesure de la constatation des pertes d'exploitation, et remboursables après que la situation sera redevenue normale et suivant des modalités à déterminer, tant sur les bénéfices à venir que sur les réserves du passé disponibles ».

2. Cf. Alibert, *L'Imprévision dans les concessions*, 1924, de la Taste, *Le réajustement des concessions*, Revue des Concessions, 1925, p. 251.

3. Voir notamment, Conseil d'Etat, 30 novembre 1928, *Société le Centre électrique*, p. 1228 ; 18 juillet 1930, *Union des Gaz*, p. 758.

4. Conseil d'Etat, 9 décembre 1932, *Tramways de Cherbourg*, S., 1933-3-9, note Laroque, D., 1933-3-17, note Pelloux, conclusions de M. Josse.

ment des tarifs ne peut que précipiter la ruine de l'entreprise. L'autorité publique sera-t-elle tenue de renflouer le concessionnaire, et la caisse publique de faire les frais d'une situation irréductiblement déficitaire ? Le Service a cessé de répondre aux besoins du public ; il a perdu le caractère de nécessité inhérent à la notion du Service Public. Dans cette hypothèse : « la situation nouvelle ainsi créée constitue un cas de force majeure, et autorise à ce titre le concessionnaire aussi bien que le concédant, à défaut d'un accord amiable sur une orientation nouvelle à donner à l'exploitation, à demander au juge la résiliation de la concession, avec indemnité s'il y a lieu, et en tenant compte tant des stipulations du contrat que de toutes les circonstances de l'affaire »¹. N'est-ce pas priver le concessionnaire du bénéfice de son contrat ? Non : l'agencement contractuel du traité de concession n'est que l'envers de l'organisation réglementaire du Service ; le concessionnaire n'a pas un droit contractuel à l'exploitation du Service, que l'autorité administrative peut reprendre en mains ou supprimer si l'intérêt général l'exige. Le concessionnaire peut réclamer seulement le respect des intérêts pécuniaires qui lui sont garantis par le contrat : aussi le juge devra-t-il, en prononçant la résiliation, lui allouer une indemnité « en tenant compte tant des stipulations du contrat que de toutes les circonstances de l'affaire ».

La liquidation de la situation définitive consécutive à l'Imprévision est donc dominée par le double souci de l'intérêt objectif du service et de la garantie des droits du concessionnaire.

1. Conclusions précitées de M. Josse, Commissaire du Gouvernement, *affaire des Tramways de Cherbourg*.

Conclusion

L'organisation financière de la concession de Service Public et la « crise du contrat de concession ».

L'étude du mécanisme financier de la concession de Service Public nous a révélé l'existence de rapports contractuels doublant la réglementation objective du service : c'est la contre-partie nécessaire de l'adhésion du concessionnaire à la loi du Service. Le jeu du contrat compensateur s'exprime en une série de recours tendant à rétablir l'équilibre financier de l'exploitation dès qu'il se trouve rompu par le fait d'une mesure administrative ou des circonstances économiques.

L'extension croissante de ces recours, sous la double influence du bouleversement économique consécutif à la guerre et de l'intervention administrative dans l'exploitation des services concédés, a pour conséquence de restreindre considérablement l'aléa de l'entreprise : les développements précédents nous ont montré qu'il restait peu de chose du principe suivant lequel le concessionnaire était seul responsable de sa gestion. La garantie contractuelle incluse dans le traité, loin d'accroître l'autonomie du concessionnaire, resserre les liens qui l'unissent à l'Administration concédante ; la réapparition du contrat accentue l'intégration de la concession de Service Public dans l'institution administrative. La concession de Service Public sous sa forme la plus récente, comportant pour l'Administration les pouvoirs de contrôle et de réglementation les plus étendus, pour le concessionnaire la garantie financière des risques de l'entreprise, se distingue à peine de l'exploitation en Régie intéressée¹.

1. Cf. Hauriou, note sous Conseil d'Etat, 30 mars 1916 : « Le type de concession vers lequel on s'achemine est celui de la Régie intéressée, qui est une sorte de métayage où les bénéfices sont partagés, mais aussi les risques ».

En marge du droit commun, l'organisation moderne de certaines concessions reflète cette tendance à un degré très avancé : le régime de la concession appliqué à certains services particulièrement importants n'est plus qu'une façade sous laquelle se dissimule un régime de Régie à peine intéressée. L'élimination à peu près complète du risque de l'entreprise se double d'une restriction des possibilités de bénéfices, conséquence de l'idée que le Service Public doit être fourni au moindre prix. L'aléa de perte et de gain se trouve absorbé dans le jeu de l'association financière et l'intervention régulatrice de la caisse publique ; l'organisation financière du Service maintient l'étroite corrélation des profits et des charges de l'exploitation.

L'application aux concessions de chemins de fer du système des avances remboursables et de la garantie d'intérêts, imposée dès la création des réseaux par les circonstances, créait une étroite association financière entre l'Etat et les compagnies. Le système nouveau de la convention du 28 juin 1920, par l'intervention régulatrice du Fonds commun et les avances à fonds perdu, par l'abaissement automatique des tarifs en cas d'excédent de recettes, consacre la suppression presque complète de tout aléa de perte et de gain. L'institution des primes de gestion n'est plus qu'une survivance destinée à sauver la façade : en réalité, si les Compagnies restent concessionnaires en droit, « en fait, ce sont des régisseurs à peine intéressés, c'est l'Etat qui assure presque entièrement les risques de l'exploitation »¹.

Le Cahier des Charges-type du 28 juin 1921, pour les distributions d'énergie électrique, porte dans son art. 2 la célèbre clause de révision des tarifs de base et du terme correctif suivant les variations de l'index économique ; l'application de cette clause a été étendue aux concessions antérieures par la loi du 27 février 1925 (art. 16). Dans ce régime, le prix de vente du courant doit s'adapter au prix de revient de l'énergie, calculé sur le coût des différents éléments nécessaires à sa production d'après un index officiel établi trimestriellement pour chaque région ; les

1. Conclusions de M. Josse, Commissaire du Gouvernement, affaire *Grandes Compagnies de chemins de fer*, 18 juillet 1930.

tarifs de distribution suivront la courbe de l'économie nationale¹. C'est par l'application d'un système semblable que le Gouvernement avait pensé remédier à la crise du gaz : les circulaires du ministère de l'Intérieur du 21 mai 1920 et du 12 avril 1921 encourageaient les municipalités et les concessionnaires à s'entendre pour reconstruire les contrats sur la base d'un équilibre stable. Le Cahier des Charges qui leur est annexé (art. 9) donne des formules très souples pour la détermination des tarifs ; il prévoit la variation des prix de vente en fonction de l'évolution des différents éléments du prix de revient, salaires, charbon, sous-produits, suivant la formule : $P = f(s + c + n)$; « le tarif doit en outre être fixé de manière à couvrir les charges financières, à doter le fonds de réserve et à assurer les bénéfices de l'exploitation auxquels participera la commune si cette participation est prévue au contrat »².

Poussée à l'extrême, cette évolution devait enfin aboutir au rachat de certaines concessions importantes. Le décret du 25 décembre 1920 qui réorganise le service des transports en commun de la région parisienne substitue aux concessions multiples l'exploitation en Régie intéressée. Le pas était aisé à franchir : la Régie comporte, comme la concession, un Cahier des Charges qui définit les conditions de fonctionnement du Service et les rapports du Service avec le public ; le Cahier des Charges de la Régie est calqué sur celui des concessions antérieures.

En présence de cette évolution du régime de la concession de Service Public vers la Régie, de l'absorption du service concédé dans les rouages de l'Administration, on a pu parler d'une crise du contrat de concession ; on a mis en doute l'existence d'une différence de principe entre la concession et la gestion directe des Services Publics. Nous attendrons pour conclure sur ce point d'avoir étudié le Service concédé sous son dernier aspect : dans ses rapports avec le public usager.

1. Voir Bougault, *Le Cahier des Charges des distributions d'énergie électrique*, p. 137.

2. Voir Gros, *Les conséquences juridiques de la guerre sur les services concédés*, p. 113-4 ; de la Taste, *Le réajustement des contrats de concession de Services Publics*, *Revue des Concessions*, 1925, p. 251.

Quatrième Partie

La prestation du service

La théorie d'ensemble de la concession de Service Public doit, pour être complète, envisager l'institution sous un dernier aspect : celui de la prestation du Service au public usager. Connaissant l'organisation interne du Service sous son double aspect technique et financier, nous étudierons le fonctionnement de ses rouages dans ses relations quotidiennes avec les particuliers. Aux relations juridiques de l'Administration concédante et du concessionnaire se superpose le réseau complexe des rapports du Service avec le public. Sous quelle physionomie se présente la concession de Service Public envisagée sous cet angle ?

Nous retrouvons les deux tendances contradictoires inhérentes à l'institution.

Le concessionnaire n'est pas un fonctionnaire, mais un simple particulier, individu ou collectivité de droit privé ; dans l'exploitation commerciale du Service, rien ne le distingue d'un industriel ordinaire ; l'Administration reste étrangère à ses relations avec les usagers. Dans ce domaine, l'autonomie de l'entreprise ne reprend-elle pas ses droits ? La notion du Service Public, l'application des règles du droit public, devraient, semble-t-il, être limitées à ses rapports avec l'autorité concédante : le mécanisme une fois monté et les conditions de son fonctionnement réglées, ce n'est, vu du dehors, qu'une entreprise industrielle ou commerciale relevant du droit privé¹.

Cette conception soulève des difficultés pratiques telles qu'elles suffiraient à la faire écarter : le concessionnaire par sa qualité de gérant d'un Service, par ses rapports financiers avec l'Administration, les subventions qu'il reçoit, le monopole de fait ou de droit dont il dispose, dé-

1. Cf. Colson, *Abrégé* p. 133 : « Vis-à-vis du public, les Compagnies sont des entrepreneurs de transports soumis à ce titre à toutes les règles des Codes civil et de commerce », et Thaller, *Droit commercial*, 7^e éd., p. 723 : « L'exploitation, les rapports entre les chemin de fer et les voyageurs, dépendent du droit privé ».

tient une puissance économique parfois considérable ; il faut donner au public des garanties sérieuses.

En théorie, d'autre part, l'idée du Service Public ne peut être sans influence sur les relations de l'exploitation et des usagers ; nous montrerons qu'au contraire elle les domine nettement. Si l'application du régime du droit public se trouve tempérée dans une certaine mesure, c'est la conséquence, non du mode d'exploitation du service, mais de son caractère industriel et commercial. Nous croyons pouvoir montrer que, dans ses rapports avec le public, le Service concédé fonctionne comme un rouage de l'institution administrative ; que, l'élément contractuel étant limité aux rapports pécuniaires de l'Administration et du concessionnaire, le Service se présente sous cet aspect comme une institution essentiellement réglementaire.

Le problème qui nous occupe sera envisagé de deux points de vue :

Sous sa forme la plus large se pose la question des relations du concessionnaire et du public en général, du public non usager ou usager éventuel (Ch. I).

Ensuite vient la question de l'usage du Service au profit d'un particulier, des rapports du public et de l'usager (Ch. II).

CHAPITRE I

LE SERVICE ET LE PUBLIC

Nous considérons ici le service dans ses rapports avec le public en général, le public non usager ou usager éventuel : existe-t-il un rapport de droit entre le concessionnaire de Service Public et les particuliers, en dehors de l'exécution du service à leur profit ? l'organisation du Service concédé n'a-t-elle d'effet juridique à leur égard que lors de la prestation individuelle du Service, comme le règlement intérieur d'une entreprise privée ? la concession est-elle au contraire une institution réglementaire dont la loi s'impose objectivement à l'encontre et au profit du public ?

Pour bien préciser les données du problème, rappelons en quelques mots les principes aujourd'hui admis de la situation des particuliers vis-à-vis des Services Publics en général ¹.

L'organisation des Services Publics par l'autorité administrative emporte l'institution d'une situation réglementaire comportant l'obligation pour les agents publics d'assurer, et le droit pour les particuliers d'exiger, l'exécution du Service dans les conditions prévues pour son fonctionnement,

Le public n'a aucune créance contre le Service, aucun

1. Sur l'importante notion du « public », cf. Scelle, *Etude des contrats d'utilité publique* : « Le public est une collectivité dont les membres sont indéterminés dans leur nombre et indifférents dans leur personnalité » p. 22, et la note de M. Blaevost, au D., 1929-3-37, sous Conseil d'Etat, 4 mai 1929, *Société des anciens établissements Prouvost*.

droit subjectif à la création et à l'organisation des Services Publics, dont l'initiative relève des pouvoirs discrétionnaires de la puissance publique : il a seulement une aptitude légale à bénéficier du Service dans les conditions établies pour son fonctionnement. « L'administré est simplement placé par la loi, vis-à-vis de l'Administration, dans une certaine situation, ou jouit d'un certain statut, qui lui permettent de bénéficier des Services Publics organisés, ou de profiter des décisions rendues »¹. Soit le service de l'Assistance, par exemple : les lois et les règlements fixent objectivement les conditions auxquelles sera subordonné son bénéfice et les droits de ses bénéficiaires ; le statut de l'indigent est une situation réglementaire définie unilatéralement et toujours modifiable².

S'il ne dispose d'aucun droit subjectif, l'administré peut, par contre, exiger le respect de son statut par les agents chargés de la gestion du Service ; il peut exiger le fonctionnement du Service dans les conditions impératives de son règlement. Les particuliers ont un intérêt légitime au fonctionnement régulier des Services Publics ; la violation par les agents publics des conditions réglementaires prévues pour leur fonctionnement donnera lieu au recours pour excès de pouvoir. Rien de plus naturel que l'application du recours pour excès de pouvoir en cette matière : nous sommes dans le domaine essentiellement objectif des rapports des particuliers avec le Service ; l'organisation du Service est partie intégrante de l'ordonnancement juridique dont le recours garantit le respect. La jurisprudence a fait de fréquentes applications de ce principe, en annulant les mesures administratives contraires aux règles organiques des différents Services³.

1. Hauriou, *Droit Administratif*, 11^e éd., p. 341, *Principes du Droit Public*, 1^{re} éd., p. 94, note au S., 1914-3-113, sous Conseil d'Etat, 11 avril 1913, *Est Parisien*, Cf. Duguît, *Droit Constitutionnel*, t. II, p. 71, *Transformations de Droit Public*, p. 58.

2. Cf. Jèze, note sous Conseil d'Etat, 20 décembre 1912, *Comm. de Brémont*, R.D.P. 1913, p. 79.

3. Conseil d'Etat, 20 janvier 1911, *Chapuis, Porteret et Pichon*, S., 1911-3-49, note Hauriou, R.D.P., 1911, p. 69, note Jèze ; 17 janvier 1913, *Association des familles de Gamarde-les-Bains*, R.D.P., 1913, p. 72 et 14 janvier 1916, *id.*, R.D.P. 1916, p. 52, notes du Professeur Jèze, (violation des règlements

Le recours devient une arme particulièrement efficace lorsqu'il est intenté par les collectivités d'usagers, associations et syndicats. L'action syndicale, dont la jurisprudence a reconnu la validité, prend la forme d'une véritable action populaire suppléant aux insuffisances de la tutelle administrative et du pouvoir hiérarchique. C'est un aspect fort intéressant de l'intervention de collectivités privées dans la vie administrative, pour contenir l'exercice de la puissance publique dans les bornes de la légalité ; on a pu comparer leur activité à celle du ministère public pour la protection de la loi ; le recours pour excès de pouvoir aux mains des syndicats d'usagers assure la défense la plus efficace contre l'arbitraire des agents publics¹.

Tels sont les quelques principes qui gouvernent les rapports des particuliers et des Services Publics en général.

Dans quelle mesure ces principes sont-ils applicables aux Services concédés ?

Il est bien évident que l'organisation du Service concédé n'est pas sans effet à l'égard du public au profit de qui il est institué. L'ancienne doctrine, pour expliquer la répercussion du Cahier des Charges sur les tiers étrangers au contrat, apparemment contraire au principe de relativité de l'art. 1165 du Code civil, avait recours à ce « traditionnel refuge des civilistes », la stipulation pour autrui. Le Cahier des Charges du Service s'analyse en une stipulation faite par l'Administration au profit du public ; les particuliers peuvent se prévaloir de ses dispositions comme bénéficiaires de l'offre contenue dans la stipulation ; les bénéficiaires sont sans doute indéterminés dans leur nombre et leur personnalité, mais ils s'individualisent par l'accep-

relatifs à la neutralité scolaire), 29 décembre 1911, *Chomel*, R.D.P. 1912, p. 26 (violation des règlements du Service postal) ; 24 mars 1922, *Chambre syndicale des fabricants d'eau gazeuses*, R.D.P., 1922, p. 247 ; Cf. Hauriou, *Principe du Droit public*, p. 94, *Droit administratif*, p. 341 ; Jèze, *Essai d'une théorie sur le fonctionnement des Services Publics*, R.D.P., 1912, p. 26 ; *Principes généraux*, t. III, p. 19 et suiv. A. Renard, *Du contrôle des Services Publics, par des associations privées*, Thèse, Montpellier, 1914.

1. Cf. Renard, *op. cit.*, Cf. Fr. Géný, *De la collaboration des particuliers à l'action administrative en dehors des contrats*. Laroque, *La situation des usagers des Services Publics industriels*.

tation de l'offre en réclamant la prestation du Service à leur profit¹.

Les particuliers n'entrent en relations avec le Service qu'avec l'acceptation de la stipulation ; ils ne connaissent le Service que comme usagers ; ils n'ont, en dehors de l'usage du Service, aucun moyen de contrôle sur son fonctionnement, aucun pouvoir d'exiger le respect de ses règles organiques, comme ils n'auraient aucun droit d'intervention sur l'organisation intérieure d'une entreprise privée.

La conception moderne de la concession de Service Public, qui tend à prévaloir dans la doctrine, conduit à un système diamétralement opposé. L'acte de concession, en dehors de dispositions d'ordre contractuel, comporte l'institution réglementaire d'un Service Public : la loi du Service, acte objectif et impersonnel, s'impose aux administrés comme au concessionnaire ; les particuliers peuvent l'invoquer à leur profit, en exiger le respect par les agents publics ; l'organisation du Service, par elle-même et indépendamment de tout usage individuel, établit dans une situation réglementaire le bloc des usagers éventuels, sous la protection du juge de l'excès de pouvoir ; la violation de la loi du Service entraîne l'ouverture à leur profit du recours en annulation, voire d'une action en réparation du préjudice causé. C'est l'application aux services concédés du droit commun des Services Publics.

Nos précédentes conclusions entraînent une forte présomption en faveur de cette dernière solution. Nous devons cependant, avant de nous prononcer, étudier la position de la jurisprudence.

1. Sur cette conception, voir Labbé, note au S., 1889-4-9, Lambert *Des contrats en faveur des tiers*, p. 345, Picard, *Traité des chemins de fer*, t. II, p. 110. Cf. Conseil de Préfecture du Cher, 4 mai 1895, *Compagnie du gaz de Bourges*, Rev. Gén. Admin. 1896, III, p. 212 : « Considérant que vis-à-vis des particuliers les clauses relatives à l'éclairage doivent être regardées comme une stipulation pour autrui faite accessoirement à une stipulation principale et comme une offre dont ils peuvent user aux conditions du tarif ou ne pas user suivant leur goût ».

Section I

L'incertitude de la jurisprudence.

Il est fort difficile de rattacher les solutions de la jurisprudence sur le point qui nous occupe à un système précis ; elle semble bien plutôt flotter entre deux conceptions contradictoires, n'avoir en tous cas aucun principe directeur bien défini. Sans doute dans son ensemble, en sanctionnant, par l'ouverture aux particuliers des recours en annulation et en réparation, la violation de la loi du Service, elle semble s'inspirer d'une conception réglementaire de l'acte de concession. Mais elle n'a pas entièrement éliminé la notion de la stipulation pour autrui, et dans quelques décisions récentes nous voyons apparaître cette idée difficilement conciliable avec les solutions précédentes.

Avant d'aborder l'étude des recours ouverts au public, insistons sur la nécessité de bien distinguer parmi ces recours ceux qui tendent au contrôle du fonctionnement du Service par les particuliers sans distinction, qui seuls nous intéressent ici, et ceux qui tendent à la prestation du Service au profit de particuliers individualisés, que nous étudierons ultérieurement. Ces deux points de vue essentiellement distincts ont parfois été confondus. Dans ses conclusions célèbres sous l'arrêt du 21 décembre 1906, M. Romieu, Commissaire du Gouvernement, prévoyait parmi les moyens de contrôle le recours en indemnité porté devant l'autorité judiciaire pour exécution du contrat individuel qui se forme à l'occasion de chaque prestation demandée et non fournie : « On pourrait concevoir que le public soit admis à se prévaloir des dispositions insérées dans son intérêt dans le Cahier des Charges, et puisse saisir le juge du contrat d'une action en indemnité fondée sur la faute commise à son égard par l'exploitant en n'observant pas ces dispositions ». Cette conception a été justement critiquée : comment ouvrirait-on une action devant le juge du contrat au profit des particuliers non usagers, qui n'ont aucune relation indi-

viduelle avec le service ? Elle procède d'une regrettable confusion entre le contrôle et l'usage du Service.

Parmi les recours tendant au contrôle du fonctionnement du Service, nous éliminons donc tout de suite l'action devant le juge civil en exécution du contrat.

§ 1. — *Le recours en indemnité.*

L'individu lésé par la violation du Cahier des Charges peut en premier lieu agir en réparation du préjudice subi. L'action en indemnité suppose le droit pour le public d'invoquer à son profit les dispositions de la loi du Service et d'en exiger le respect ; elle procède d'une conception nettement réglementaire de l'organisation du Service concédé. En voici les deux applications les plus intéressantes.

1^o *Le recours du riverain de la voie publique.* (Conseil d'Etat 8 août 1892, *Compagnie lyonnaise des tramways*, p., 78.)

Dans cette affaire, le recours était formé par le propriétaire d'un immeuble riverain de la voie publique, lésé par l'inobservation des prescriptions du Cahier des Charges relatives à l'établissement de la voie ferrée. Le Commissaire du Gouvernement. M. Romieu posait ainsi la question de la recevabilité du recours : « Le Cahier des Charges crée-t-il des obligations contre les tiers et des droits dont les tiers puissent se prévaloir » ; et il conclut : « il faut répondre affirmativement lorsque ces dispositions ont été introduites en leur faveur : c'est le cas de l'art. 5 du règlement du 6 août 1881 et des art. 6, 7 et 8 du Cahier des Charges-type qui prennent, par la référence au règlement, un caractère réglementaire. Les tiers sont donc recevables à invoquer l'inobservation de ces clauses ». En l'espèce, l'exécution des travaux a eu lieu en méconnaissance des dispositions du Cahier des Charges ; il en est résulté un état de choses dangereux ; le riverain lésé a droit à la réparation du dommage.

Il est curieux de trouver, dans une décision déjà ancienne, une consécration aussi nette du caractère réglementaire du Cahier des Charges à l'égard des usagers.

2° *Le recours de l'industriel concurrent.*

Nous savons que le concessionnaire doit limiter son activité à la gestion du Service, qu'il ne peut exploiter aucune entreprise qui n'en soit le complément naturel et nécessaire. Au cas où il sortirait des limites tracées dans le Cahier des Charges, les commerçants et les industriels lésés par sa concurrence illicite peuvent-ils se faire indemniser du préjudice qu'ils en subissent ?

Certains tribunaux, invoquant le principe de la relativité des contrats, ont prétendu écarter l'action en indemnité : « attendu que les concessions constituent des conventions particulières dont les clauses et conditions ne font foi qu'entre les parties contractantes,... que le requérant est resté étranger au contrat,... qu'il n'a donc pas qualité pour en apprécier les clauses et exiger par l'une ou l'autre des parties l'exécution des engagements qu'ils ont pu prendre »¹.

Cette décision n'a pas eu d'écho ; la jurisprudence est bien établie en sens contraire : elle autorise l'industriel lésé par la concurrence du concessionnaire à démontrer la violation du Cahier des Charges, la méconnaissance des clauses qui fixaient l'étendue du Service et limitaient l'activité du concessionnaire. L'organisation par les Compagnies de chemins de fer d'intérêt local de services de transports automobiles faisant concurrence aux entrepreneurs libres a notamment donné lieu, depuis quelques années, à de nombreuses décisions². Cette solution ne se comprend que si l'on considère le Cahier des Charges comme un acte réglementaire dont l'effet n'est pas restreint aux parties signataires, que le public peut au contraire invoquer à son profit.

1. Trib. Comm. de Boulogne-sur-Mer, 10 juin 1905, *Société d'éclairage électrique du Boulonnais*, c/ *Société des tramways de Boulogne*, Revue des Concessions, 1905, p. 324.

2. Voir en particulier Lyon, 5 novembre 1930, *Compagnie O.T.L.* D.H., 1931 p. 38. Trib. Comm. de Saint-Etienne, 5 février 1932, *Compagnie des chemins de fer à voie étroite* c/ *Lhacéra et Société des cars rouges*, D.H. 1932, p. 246 ; Poutiers, 20 juillet 1932, *Gendrault*, D.H., 1932, p. 531.

§ 2. — *Le recours pour excès de pouvoir.*

Nous savons que le recours pour excès de pouvoir fournit aux particuliers un moyen de contrôle efficace sur le fonctionnement des Services Publics directement exploités par les agents publics.

L'application du recours pour excès de pouvoir au contrôle des Services concédés soulève au premier abord quelques difficultés :

Sur la recevabilité du recours : l'exploitant du Service n'est pas un agent public ; ses agissements ne pourront être attaqués et censurés qu'à travers une mesure administrative.

Sur les moyens invoqués à l'appui du recours : la violation du Cahier des Charges peut-elle être arguée comme un moyen de nullité de l'acte ?

1^o *Conditions de recevabilité du recours.*

Nous passons sur la condition de l'observation des formes et délais, qui ne présente aucun intérêt théorique.

a) *La qualité de la partie.*

Le requérant doit avoir un intérêt direct et légitime à l'annulation de l'acte : la qualité d'usager du Service, voire même d'usager éventuel, confère un intérêt légitime au contrôle de son fonctionnement, ouvre par conséquent le recours. Les syndicats de propriétaires et d'usagers sont également qualifiés pour agir en défense des intérêts qu'ils représentent¹. Ces points ne soulèvent aucune difficulté.

b) *La nature de l'acte attaqué.*

Seule une décision exécutoire de l'Administration peut être attaquée pour excès de pouvoir : le requérant doit donc provoquer une décision des pouvoirs chargés du contrôle du

1. Sur la qualité des particuliers, Conseil d'Etat, 27 décembre 1901, *Robert*, p. 946 ; 6 mars 1903, *Ardisson*, p. 196 ; 19 janvier 1912, *Marc*, p. 75, conclusion du Commissaire du Gouvernement Helbronner. Cf. Laroque, *op. cit.*, p. 65 : « Ce n'est pas l'usage, mais la vocation à l'usage du Service, qui confère qualité pour déférer au Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir les actes intéressant l'organisation et le fonctionnement de ce service ». Sur l'action syndicale, Conseil d'Etat, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires du quartier Croix-de-Seguey* ; 22 juillet 1927, *Syndicat des employés et contre-maîtres des secteurs électriques de la Seine*.

Service, faire couvrir les agissements du concessionnaire dans un acte de l'autorité concédante susceptible d'annulation. C'est d'ailleurs aujourd'hui facile : la loi du 17 juillet 1900, assimilant à une décision de rejet le silence gardé pendant quatre mois sur le recours hiérarchique, élargit la portée du recours et étend le contrôle du juge sur l'inaction des autorités chargées des pouvoirs de contrôle et de tutelle. (Conseil d'Etat 21 décembre 1906, *Syndicat Croix de Seguey* p., 961, 22 juillet 1927, *Syndicat des employés et contre-maîtres*, p., 826).

Les modifications apportées au Cahier des Charges peuvent-elles donner lieu au recours pour excès de pouvoir ? On distingue suivant la forme sous laquelle elles sont opérées : la jurisprudence écarte le recours dirigé contre un avenant passé d'accord entre les parties¹ ; elle reçoit le recours intenté contre un acte unilatéral portant modification aux conditions d'exploitation ; tel est le cas pour un arrêté du Préfet de la Seine modifiant certaines dispositions du Cahier des Charges de la Compagnie du gaz de Paris : cet acte, en raison de sa répercussion sur le public usager, a un caractère nettement réglementaire, « c'est en effet l'indication formelle des conditions que la Société devra poser dans les contrats à intervenir avec les consommateurs des catégories visées dans l'arrêté, il est donc susceptible de donner ouverture à un recours pour excès de pouvoir »².

c) De l'existence d'un recours parallèle.

Le recours pour excès de pouvoir permet au particulier de contrôler le respect de la légalité dans la gestion du Service ; il n'est pas donné à l'usager pour la protection des droits qu'il tient de son contrat. Le caractère essentiellement objectif du recours s'oppose à son utilisation dans une fin individuelle. L'existence d'un recours parallèle devant le juge du contrat individuel formé entre le concessionnaire et l'usager prive celui-ci du droit d'intenter le

1. Conseil d'Etat, 17 décembre 1920, *Ramaroni*, p. 1079.

2. Conclusions du Commissaire du Gouvernement Helbronner sous Conseil d'Etat, 19 janvier 1912, *Marc*, p. 75. Cf. Conseil d'Etat, 14 mai 1930, *Truité de Varreux*, p. 495 : recours contre un arrêté du Préfet de la Seine portant relèvement du taux de la majoration des prix de vente de l'électricité.

recours pour excès de pouvoir contre les mesures préjudiciables à ses intérêts. Suivant la formule du Conseil d'Etat, « si le requérant soutient que la décision attaquée porte atteinte aux droits acquis par les abonnés en vertu de leur contrat avec la Compagnie, il lui appartient, s'il le juge à propos, de porter sa réclamation devant la juridiction compétente ; dès lors, il n'est pas fondé à en demander l'annulation pour excès de pouvoir »¹.

Pendant longtemps, le recours intenté contre les tarifs s'est heurté à la fin de non recevoir tirée de l'existence d'un recours devant l'autorité judiciaire : l'application des tarifs donne en effet lieu à un contentieux relevant des tribunaux civils, devant lesquels on peut discuter leur légalité, mais non en réclamer l'annulation. L'exception d'illégalité, outre qu'elle n'était donnée qu'aux usagers, laissait subsister l'acte litigieux ; tout autre est le résultat de l'annulation pour excès de pouvoir : aussi la jurisprudence admet-elle aujourd'hui le recours en annulation des tarifs².

2° Moyens invoqués à l'appui du recours.

Le recours de l'usager éventuel peut-être fondé sur l'existence d'un vice de forme, sur l'incompétence de l'auteur de l'acte ou le détournement de pouvoir ; sur la violation de la loi ou des règlements³.

La violation du Cahier des Charges du Service concédé peut-elle être retenue à l'appui du recours pour excès de pouvoir ? Nous savons que les particuliers peuvent provoquer l'annulation des actes de l'Administration contraires aux règlements des Services Publics : ce moyen de contrôle est-il applicable aux Services concédés. ?

Lorsque la question s'est posée devant le Conseil d'Etat dans les premières espèces, le point le plus délicat de la question semble avoir échappé aux juges et aux commenta-

1. Conseil d'Etat, 6 août 1924, *Carleau*, p. 800.

2. Conseil d'Etat, 27 juillet 1928, *Syndicat national des propriétaires de wagons réservoirs*, p. 956.

3. Conseil d'Etat, 27 décembre 1901, *Robert*, p. 946 ; 6 mars 1903, *Ardisson*, p. 196.

teurs¹. A cette époque la jurisprudence exigeait encore, à côté de la violation de la loi, la violation d'un droit acquis : la question la plus débattue fut donc celle d'un droit des particuliers au fonctionnement régulier des Services Publics ; les particuliers « se fondent uniquement sur la violation des droits spéciaux qu'ils tiennent des textes particuliers qui ont créé et organisé le Service Public industriel, et notamment du contrat de concession dans lequel la puissance publique a stipulé dans leur intérêt et en dehors de leur participation ». Le requérant pouvant se prévaloir d'un droit acquis, l'issue du recours dépendra du caractère de l'acte attaqué : s'agit-il d'un acte positif de l'autorité chargée du contrôle du Service, la violation du Cahier des Charges emporte la nullité de l'acte ; si le recours est au contraire dirigé contre l'inaction des pouvoirs de contrôle, le refus exprès ou tacite de contraindre le concessionnaire au respect de la loi du Service, la solution est dominée par une nouvelle distinction : si l'Administration appuie sa décision sur des motifs de pure opportunité et de bonne administration, elle use d'un pouvoir discrétionnaire dont le contrôle échappe au juge de l'excès de pouvoir ; si elle discute au contraire le bien fondé de la réclamation et la rejette en droit, la matière devient contentieuse, et le recours peut aboutir. Cette distinction fort subtile, proposée par M. Romieu, Commissaire du Gouvernement, dans l'affaire du *Syndicat Croix de Seguey*, a été suivie par la jurisprudence.

Ce qui mérite de retenir notre attention, c'est l'assimilation de la violation du Cahier des Charges à la violation de la loi. Dans ces deux espèces, le recours s'appuyait sur la méconnaissance par le concessionnaire de certaines dispositions du Cahier des Charges : sur l'emploi d'un mode de traction prohibé, sur l'interruption d'une partie du trafic que la Compagnie était tenue d'assurer. Le droit des particuliers au fonctionnement régulier des Services

1. Conseil d'Etat, 3 février 1905, *Storch*, R.D.P., p. 346, note du Professeur Jèze, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires du Quartier Croix-de-Seguey*, p. 961, conclusions du Commissaire du Gouvernement Romieu, S., 1907-3-33, note du Professeur Hauriou.

concedés, ce n'est autre chose que l'intérêt légitime à exiger le respect par le concessionnaire des conditions d'exploitation dont la violation constitue un excès de pouvoir ; les particuliers ne sont pas créanciers du Service, mais aptes à en user dans les conditions prédéterminées par le Cahier des Charges. Le mode d'exploitation du Service est sans influence sur la situation du public à son égard : « Le Cahier des Charges, à ce point de vue, comme les tarifs, n'est qu'un règlement ; il n'y a pas à invoquer la stipulation pour autrui ; vis-à-vis du public, un Service Public, concédé ou non, n'est qu'une institution légale ou réglementaire, et ne crée que du statut réel »¹.

La jurisprudence s'est par la suite prononcée plusieurs fois sur le recours intenté, soit contre un acte positif de l'Administration concédante, soit contre le rejet formel ou tacite d'une réclamation relative aux agissements du concessionnaire : elle a maintenu le principe de ses premières décisions².

Le contrôle du public porte sur le respect des dispositions réglementaires de l'acte de concession ; les clauses contractuelles étrangères à la réglementation du Service lui échappent. On ne peut invoquer la violation des stipulations contractuelles du Cahier des Charges comme moyen d'annulation ; la portée de ces clauses ne dépasse pas les rapports des parties contractantes, elles n'ont aucun effet à l'égard des tiers, de plus aucun caractère réglementaire

1. Hauriou, note précitée au S., 1907-3-33. Cf. Renard, *op. cit.*, p. 100-115 et 255-7, et Alibert, *Le contrôle de l'Administration par le recours pour excès de pouvoir*, p. 314-6.

2. Conseil d'Etat, 25 février 1910, *Baradat*, p. 177 (recours contre une décision du Conseil général de Haute-Savoie, fixant l'emplacement d'une station du chemin de fer de Saint-Gervais les-Bains à l'Aiguille du Goûter ; moyen : violation de l'art. 11 du Cahier des Charges : « Considérant que pour demander l'annulation de la décision visée, le requérant soutient que le Conseil Général aurait excédé ses pouvoirs en arrêtant l'emplacement de la station en un point différent de celui porté au Cahier des Charges »), 19 janvier 1912, *Marc*, p. 75 conclusions de M. Helbronner (Recours contre un arrêté préfectoral relatif aux conditions d'exploitation du Service du gaz dans les voies privées, fondé sur la violation du Cahier des Charges : l'arrêté est annulé), 22 juillet 1927, *Syndicat des employés et contremaîtres*, p. 826 ; 10 janvier 1930, *Schmidt*, p. 31 (Recours contre un arrêté du Préfet de la Seine fixant la date de mise en vigueur de nouveaux tarifs : moyen : violation d'un avenant au Cahier des Charges de la S.T.C.R.P.).

qui puisse permettre d'assimiler leur violation par l'une des parties à une illégalité. Voici par exemple l'art. 54 du Cahier des Charges des Compagnies de chemins de fer d'intérêt général, qui prévoit l'application de tarifs réduits au profit des officiers : le public est-il qualifié pour réclamer l'application de cette clause ? Le Conseil d'Etat a eu à se prononcer sur un recours intenté contre un arrêté ministériel refusant aux officiers en congé de longue durée le bénéfice des tarifs de faveur, et fondé sur la violation de l'art. 54 du Cahier des Charges : cette clause, déclare la haute juridiction, n'est pas une disposition réglementaire insérée dans l'intérêt du public, mais seulement « une stipulation contractuelle dictée dans l'intérêt d'un Service Public autre que le Service contractant », dans l'intérêt de l'armée plutôt que des militaires ; seul le Service bénéficiaire peut en réclamer l'exécution ; les particuliers n'ont aucune qualité pour s'en prévaloir ¹.

3° Pouvoir du juge saisi d'un recours fondé sur la violation du Cahier des Charges.

Le Cahier des Charges étant traité comme un acte réglementaire, il doit appartenir au juge de l'excès de pouvoir de l'interpréter afin d'apprécier le bien fondé du recours : par une singulière contradiction, la jurisprudence réserve au juge du contrat l'interprétation des clauses obscures du règlement du Service. L'annulation ne sera prononcée *de plano* que si l'acte attaqué renferme une violation manifeste et flagrante du Cahier des Charges ; si au contraire il y a discussion sur le sens et la portée des dispositions invoquées à l'appui du recours, le juge de l'excès de pouvoir devra renvoyer pour interprétation des clauses litigieuses devant le juge du contrat ; sur le recours en annulation segreffe un recours en interprétation. Cette solution batarde, maintes fois critiquée, a cependant été confirmée récemment encore par la jurisprudence ².

1. Conseil d'Etat, 15 novembre 1907, *Poirier*, p. 820, conclusion Teissier, R.D.P. 1909, p. 48, note du Professeur Jèze.

2. Conseil d'Etat, 21 décembre 1906, *Croix de Seguey*, p. 961, conclusions du Commissaire du Gouvernement Teissier, 22 juillet 1927, *Syndicat des employés et contremaîtres*, p. 826.

§ 3. — *Le recours devant le juge du contrat en exécution d'une stipulation pour autrui contenue dans l'acte de concession.*

Ce recours a été consacré par une décision récente autorisant un particulier à réclamer l'exécution d'une clause du Cahier des Charges d'une Compagnie d'électricité qui prévoyait l'installation aux frais de la commune de l'éclairage électrique dans les habitations : « Considérant que, le droit invoqué étant fondé sur une stipulation au profit du public que la ville et son concessionnaire avaient, en traitant, édictée d'un commun accord dans le contrat de concession au profit de ceux qui pourraient dans la suite être appelés à bénéficier de la distribution, il appartient au Conseil de Préfecture, juge du dit contrat, de statuer sur toutes les difficultés pouvant résulter du refus opposé par la commune à la demande du sieur G... »¹.

Cette solution appelle quelques observations.

Le recours émane d'un particulier non usager, qui réclame l'exécution par l'Administration concédante des dispositions insérées au Cahier des Charges en faveur du public. L'action est donnée, non contre le promettant, mais contre le stipulant : ou plutôt, l'Administration et le concessionnaire ayant pris l'un et l'autre des engagements en faveur du public sont considérés l'un et l'autre, suivant le cas, comme promettant ou comme stipulant.

Le recours relève en tous cas du juge du contrat.

Il semblerait normal, cependant, d'ouvrir le recours pour excès de pouvoir au particulier qui réclame, en dehors de toute convention particulière avec l'exploitant, le respect des dispositions du traité. Le refus par l'Administration d'accorder à un particulier le bénéfice d'une clause relative au fonctionnement du service constitue une violation de la loi du Service.

Le Conseil d'Etat vient de préciser, dans un récent arrêt, le domaine respectif du recours pour excès de pouvoir et

1. Conseil d'Etat, 29 octobre 1926, *Gay*, p. 910. Cf. Jèze, *Contrats administratifs*, t. II, p. 415. Laroque, *La situation des usagers des Services Publics industriels*, p. 111 et suiv.

du recours devant le juge du contrat (arrêt précité du 22 juillet 1927, *Syndicat des employés et contremaîtres des secteurs électriques de la Seine*, p., 826). L'action en exécution sera donnée « à ceux qui, étant partie au contrat, peuvent exciper de la méconnaissance de leurs droits contractuels, c'est-à-dire par le concédant, le concessionnaire ou les usagers et les agents au profit desquels les clauses litigieuses ont été insérées dans les conventions ». Alors qu'au contraire, « à défaut d'une action directe devant le juge du contrat », les syndicats d'usagers et d'employés ont qualité pour intenter le recours pour excès de pouvoir contre les actes pris en violation des Cahiers des Charges. Cette solution est donc dominée par l'opposition de l'action individuelle, donnée à un particulier pour la défense d'un droit qu'il tient d'une stipulation à son profit insérée dans la loi du Service, et de l'action collective dans laquelle un groupement réclame, dans un intérêt commun, le respect de la légalité. N'est-ce pas un recul sur la conception primitive de la jurisprudence qui ouvrait, semble-t-il, plus largement, le recours pour excès de pouvoir ? La solution nouvelle est loin d'avoir rencontré une approbation unanime dans la doctrine ; sans doute sommes-nous sur un terrain encore incertain, les tâtonnements de la jurisprudence se comprennent ; nous croyons cependant que dans la logique de la conception nouvelle de la concession de Service Public, maintes fois consacrée en d'autres domaines par la jurisprudence, les particuliers ont sur le fonctionnement des Services concédés les mêmes moyens de contrôle que sur l'exploitation des Régies ; que le recours objectif en annulation doit par suite leur être ouvert dans des conditions identiques ; que le caractère réglementaire de la loi du Service doit emporter la nullité des actes pris en violation de ses dispositions.

Rappelons qu'en dehors des recours que nous venons d'examiner, il existe un dernier moyen de contrainte contre le concessionnaire de Services communaux ; c'est l'exercice par le contribuable des actions appartenant à la commune contre son cocontractant (loi du 5 avril 1884, art. 123).

Nous signalons seulement ce procédé : ses difficultés d'application pratique, et surtout son faible intérêt théorique, nous dispensent d'en parler plus longuement ; c'est la substitution pure et simple d'un particulier à l'Administration concédante, il ne jette aucune lumière sur la nature des rapports du concessionnaire et du public.

Section II

Discussion doctrinale

En voulant concilier le recours pour excès de pouvoir et le recours de plein contentieux et faire à chacun sa part, la jurisprudence ne fait qu'accoler deux idées contradictoires : ces recours procèdent, l'un de la conception réglementaire de l'organisation du Service que nous avons déjà défendue, l'autre de la notion d'une stipulation pour autrui qu'il faut éliminer.

L'analyse des rapports du concessionnaire et des particuliers en une stipulation pour autrui incluse dans le traité de concession ne peut que compliquer les données du problème : c'est une idée qui doit, croyons-nous, être entièrement bannie¹.

Nous n'insistons pas sur l'objection de principe que soulève l'application de la technique du droit privé aux situations du droit public ; voici une institution de pur droit public, la concession de Service Public : pourquoi la faire rentrer à toute force dans les cadres du droit privé ?

L'application brutale des règles auxquelles est soumise la stipulation pour autrui du droit privé conduirait d'ailleurs à des conséquences inadmissibles. Il est bien établi que le stipulant n'a pas d'action directe contre le promettant pour le contraindre à l'exécution de ses engagements ; que réclamerait-il, puisque la promesse n'est pas faite en sa faveur ? le promettant ne lui doit rien, il n'est tenu qu'à

1. Sur l'analyse de la concession de Service Public en une stipulation en faveur du public, voir : Labbé, note sous Cass. Belge, 21 juillet 1889, au S., 1889-4-9 et Lambert, *Du contrat en faveur des tiers*, Paris, 1893, p. 345 et suiv.

l'égard du bénéficiaire¹. Dira-t-on que de même l'Administration concédante sera dépourvue d'action contre le concessionnaire, qu'elle sera privée de tout pouvoir de contrôle sur l'exécution du Service ? cela sous prétexte que chaque administré dispose isolément d'une action individuelle en exécution des prestations stipulées en faveur du public. La Cour de cassation de Belgique n'a pas craint d'aller jusqu'à cette conséquence extrême qu'imposent les principes de la stipulation pour autrui (Cassation 21 juillet 1898, *Ville de Mons c/ Robert*).

La jurisprudence française recule devant cette solution dont les répercussions pratiques pourraient être désastreuses : c'est au prix d'une entorse à la logique de la stipulation pour autrui ; elle s'inspire en réalité d'une conception très particulière de la stipulation pour autrui, très éloignée de la notion classique. Non seulement la jurisprudence n'a jamais contesté le droit pour l'Administration stipulante de s'assurer de l'exécution du Service, mais elle reconnaît aux particuliers un recours contre l'Administration elle-même ; nous avons signalé déjà cette anomalie, l'ouverture au bénéficiaire d'une action contre le stipulant. Et cette action sera portée devant le juge du contrat de concession, non devant la juridiction judiciaire normalement compétente pour connaître des difficultés relatives à la prestation individuelle du Service,

Au fond de cette conception, il y a une assimilation tout à fait arbitraire de deux situations qui n'ont rien de commun.

La stipulation pour autrui implique un engagement envers un tiers qui, sans être individuellement déterminé au moment du contrat, pourra l'être à un moment donné ; sans doute n'est-il pas nécessaire d'après la jurisprudence récente que le bénéficiaire soit déterminé, ni même vivant ou conçu, au moment où la stipulation a lieu : au moins faut-il, pour que la promesse soit efficace, que le bénéficiaire s'individualise ultérieurement. Dans la concession de Service Public, au contraire, le concessionnaire ne

1. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, n° 1258.

s'engage pas à proprement parler à fournir une prestation fixée à un tiers déterminé : « Le concessionnaire est obligé, d'une manière générale et permanente, d'accepter que les relations juridiques qui naîtront entre lui et quiconque usera du Service soient réglées d'après les dispositions de l'acte de concession.... Il ne prend point l'engagement de fournir à une personne déterminée une prestation concrète ; il accepte une règle générale qui régira ses rapports futurs avec tous ceux qui useront du Service »¹.

Enfin et surtout, lorsque l'Administration concédante impose au concessionnaire l'organisation d'un Service Public, elle ne stipule pas en faveur des tiers : c'est une singulière conception que de considérer le public comme tiers à l'égard de l'Administration. La puissance publique sous ses différents aspects, organisée pour la protection des intérêts collectifs, n'a pas d'intérêt particulier distinct de ceux du groupe. Le Code civil exige que la stipulation pour autrui soit la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même : dans la concession de Service Public, les deux stipulations se confondent, comme l'Administration se confond avec les administrés qu'elle représente. C'est pourquoi il serait absurde de refuser à l'Administration le droit d'agir contre le concessionnaire sous prétexte que celui-ci n'est tenu que vis-à-vis des particuliers bénéficiaires de la promesse : l'engagement est pris vis-à-vis du public représenté par l'autorité compétente².

Dans sa conception la plus récente qui juxtapose le recours pour excès de pouvoir ouvert au groupement d'usagers et l'action en exécution devant le juge du contrat, le Conseil d'Etat semble voir les choses de la façon sui-

1. Duguit, *La situation des particuliers à l'égard des Services Publics*, R.D.P., 1907, p. 431 et suiv.

2. Cf. Sainctelette, *Etude sur les contrats d'utilité publique*, Bruxelles, 1888. Ces considérations ont été fort bien développées dans les motifs d'un arrêté du Conseil de Préfecture des Bouches-du-Rhône du 11 mai 1918, *Ville de Marseille*, Revue des Concessions, 1918, p. 101 : « Considérant que la Ville n'est pas intervenue comme simple personne morale traitant pour son éclairage et accessoirement pour celui de ses administrés, avec lesquels elle s'identifie d'ailleurs, et qui ne sont pas pour elle des tiers au sens de l'art. 1121 du Code civil : qu'elle a réalisé un acte de puissance publique en organisant par voie d'autorité, dans l'intérêt de tous, un service indivisible dont elle est responsable envers tous ».

vante : l'acte de concession n'est pas une pure et simple stipulation pour autrui ; les dispositions du Cahier des Charges relatives à l'organisation du Service conservent à l'égard du public considéré dans son ensemble la nature d'une loi matérielle ; mais elles renfermeraient également un engagement de nature contractuelle vis-à-vis des particuliers, conférant à chaque individu un droit subjectif au respect de l'organisation du Service ; le refus d'accorder à un particulier le bénéfice des dispositions stipulées en faveur du public lui ouvre un recours devant le juge du contrat. Sous ces subtilités se cache une irréductible contradiction : la situation des particuliers à l'égard du Service concédé résulte de la nature réglementaire de la loi du Service ; le recours pour excès de pouvoir leur assure une protection satisfaisante ; la juxtaposition d'un engagement contractuel au règlement du Service dénature la situation respective des particuliers et du Service, qui se trouverait à la fois contractuelle et réglementaire, subjective et objective. Le Conseil d'Etat semble vouloir à tout prix assimiler la situation du public à celle du personnel du Service concédé, dont nous avons en effet reconnu l'extrême complexité : les données du problème sont essentiellement différentes, le concessionnaire étant lié à chacun de ses salariés par un acte individuel, alors qu'il n'a avec les particuliers non usagers d'autres relations que celles qui résultent de l'institution du Service¹.

1. Voir en ce sens la note du Professeur Waline au D., 1928-3-41 sous Conseil d'Etat, 22 juillet 1927, *Syndicat des employés et contremaîtres*.

CHAPITRE II

LE SERVICE ET L'USAGER

Nous passons à la seconde phase des rapports des particuliers et du Service : l'individu entre en relations avec le concessionnaire pour demander la prestation du Service à son profit ; après le contrôle du Service par le public, voici l'usage du Service par les particuliers. Nous allons tenter de dégager de la jurisprudence les principes qui dominent, d'une part l'établissement du lien juridique entre l'usager et le service, d'autre part l'exécution de la prestation du Service au profit de l'usager : ce sont deux questions délicates dont la solution est étroitement liée à la structure juridique du Service concédé.

Section I

L'établissement du lien juridique entre le Service et l'usager

Une vue superficielle de la situation de l'usager conduirait à la soumettre au droit privé. On a souvent en fait affirmé que les relations du concessionnaire et de l'usager relevaient du droit civil et commercial ; les particuliers n'ont-ils pas des rapports identiques avec l'exploitant d'un Service concédé et avec l'entrepreneur libre ? La circonstance que l'entreprise est érigée en Service Public

semble au premier abord sans influence dans ce domaine ; le Service concédé ne serait pour l'usager qu'une entreprise industrielle. Mais une observation plus attentive révèle la domination des principes du droit public dont la situation de l'usager est en réalité très fortement teintée : l'usage du Service concédé est soumise aux règles les plus générales du fonctionnement des Services Publics ; et le premier acte de l'usage du Service, l'établissement du lien juridique entre le concessionnaire et les particuliers, est dominé par l'une de ces règles : c'est le grand principe de l'égalité des usagers devant les Services Publics.

L'égalité, c'est en somme l'impersonnalité des usagers ; c'est le prolongement, dans le domaine de l'usage du Service, du caractère objectif et réglementaire de la situation des particuliers à l'égard du Service. Le Service concédé fonctionne dans les conditions déterminées impérativement par le Cahier des Charges : le bénéfice du Service doit être accordé sans considération de personne, mais d'une manière uniforme, aux diverses catégories d'usagers prévues dans son règlement. D'une part le concessionnaire n'a pas le choix discrétionnaire de sa clientèle, il ne peut accorder ou refuser à sa guise la prestation du Service ; d'autre part les conditions de l'usage du Service ne sont pas toujours librement débattues entre les parties, mais peuvent être fixées impérativement par le Cahier des Charges.

§ 1. — *Le droit des particuliers à la prestation du Service*

Le principe de l'égalité des usagers se traduit en premier lieu par l'obligation pour le concessionnaire d'accorder le bénéfice du Service aux particuliers qui le réclament en se conformant aux conditions déterminées par le Cahier des Charges. L'industriel dont les rapports avec le public sont soumis aux seules règles du Code civil et du Code de commerce est évidemment libre d'accepter ou de refuser les offres de contrat qui lui sont faites : le concessionnaire doit au contraire fournir le Service à ceux qui le demandent ;

il en est tenu indépendamment de toute disposition expresse du Cahier des Charges ¹.

L'application de ce principe bien établi soulève d'ailleurs certaines difficultés : on discute sur les moyens dont le particulier dispose pour obtenir l'exécution du Service à son profit.

Il dispose sans aucun doute des recours ouverts au public non usager que nous avons précédemment étudiés ; le refus injustifié d'accorder la prestation du Service ouvre le recours en indemnité et le recours en annulation ; la violation du principe essentiel de l'égalité des usagers devant le Service est un moyen d'annulation formellement reconnu par la jurisprudence ². Mais le particulier n'a-t-il pas un moyen plus direct d'obtenir satisfaction ? N'a-t-il pas une action en exécution pour contraindre le concessionnaire à lui fournir le Service ?

Dans l'opinion récemment développée par M. Laroque, le particulier qui réclame l'usage du Service pourrait faire condamner le concessionnaire à lui accorder la police, l'abonnement, le contrat demandés. Cette action en exécution aurait sa source dans le droit subjectif des particuliers au bénéfice du Service, contre-partie de l'obligation légale incombant au concessionnaire d'en accorder la prestation sans considération de personne. Cette conception demande quelques explications.

Les particuliers ont-ils un droit subjectif à l'usage du Service ? Dans la théorie de la stipulation pour autrui, ils ont un droit de créance né de l'acceptation de la stipulation à leur profit : nous avons tenté de démontrer au contraire

1. Cf. Tribunal civil Seine, 17 mai 1899, *Chemin de fer de l'Ouest c / Oudin*, S., 1900-2-22 : « Attendu qu'une Compagnie de chemin de fer n'est pas un commerçant ordinaire, qu'elle a le caractère d'un Service Public, qu'à ce titre elle est tenue à certaines obligations sous le contrôle de l'Etat ; qu'elle n'a pas le droit de refuser tel ou tel voyageur comme pourrait le faire un entrepreneur de transport ordinaire ; qu'elle est obligée de transporter quiconque souscrit aux conditions de ses tarifs homologués dont elle n'est pas maîtresse ; attendu que c'est donc un droit pour tout voyageur de contracter un abonnement aux conditions prévues par des tarifs ».

2. Conseil d'Etat, 6 mai 1931, *Tondut*, S., 1931-3-81, note de M. P. Laroque (recours pour excès de pouvoir fondé sur la violation du principe de l'égalité des usagers contre une décision refusant à un particulier le bénéfice du service de la distribution des eaux).

la nature réglementaire de leurs rapports avec le Service. Mais en dehors de cette conception que nous avons combattue, le règlement du Service peut fort bien imposer au concessionnaire une obligation légale à l'égard du public de fournir le Service sous les seules conditions qu'il détermine ; cette obligation légale aurait sa contre-partie dans un droit subjectif naissant directement de la loi du Service au profit des usagers éventuels. Sans entrer dans les controverses innombrables qu'a soulevées la théorie du droit subjectif, rappelons que, dans la conception la plus récente, le contenu du droit subjectif n'est pas nécessairement fixé par un acte individuel, il peut être déterminé directement par la loi. L'individu peut donc trouver dans un acte législatif la source d'un droit subjectif contre un particulier ou contre l'Administration. Souvent, en fait, la loi prévoit l'accomplissement par l'Administration d'une certaine activité, mais elle néglige de spécifier si cette activité peut être exigée, si par suite elle donne matière à un droit subjectif de l'administré, si l'Administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire ou si sa compétence est liée. Sur le point qui nous occupe, la compétence des autorités chargées de la gestion des Services est liée par les règlements organiques de ces Services, à défaut par le principe supérieur de l'égalité des usagers ; l'activité consistant dans la prestation du Service peut être exigée par l'administré : c'est donc que la loi du Service, le Cahier des Charges de la concession, investissent l'usager éventuel d'un droit subjectif à la prestation du service, « droit purement éventuel tant que le bénéfice du Service n'est pas demandé, droit effectif et actuel dès que l'usager par une manifestation unilatérale de volonté, a réclamé ce bénéfice »¹. Ce droit doit être sanctionné par une action directe en exécution.

Cette action, d'après M. Laroque, doit relever de la compétence judiciaire : « Sans doute les règles d'organisation et du fonctionnement des Services Publics sont-elles des règles de droit public, mais en tant qu'elles définissent

1. Laroque, *op. cit.*, p. 116-9. Cf. Bonnard, *Les droits publics subjectifs des administrés*, R.D.P. 1932, p. 695 et suiv.

les relations des usagers et du Service, leur application ressortit des tribunaux judiciaires, précisément par ce que l'emploi du procédé commercial implique, par définition même, que ces relations relèvent du droit privé » (p. 117). Les contestations qui naissent entre le concessionnaire et les usagers sont normalement, d'ailleurs, soumises à la compétence des tribunaux judiciaires : cela ne tient nullement au mode de gestion du Service, mais à son caractère industriel et commercial, la règle est commune à tous les services de cette catégorie. Rien d'ailleurs ne justifierait la compétence des tribunaux administratifs, sinon précisément l'idée d'une stipulation pour autrui dont l'exécution devrait ressortir du juge du contrat ; la conception réglementaire de l'organisation du Service conduit au contraire à réserver à la juridiction judiciaire l'application de la loi du Service ¹.

La jurisprudence offre d'ailleurs bien peu d'exemples de l'action en exécution tendant à la prestation du Service. La Cour de cassation a cependant, dans une affaire ancienne, rendu une décision caractéristique ; confirmant un arrêt de la Cour de Paris du 21 août 1880, elle proclame le droit pour l'habitant d'une commune de contraindre la compagnie concessionnaire des eaux à passer un contrat d'abonnement dans les conditions des tarifs : « attendu qu'en réclamant l'abonnement aux eaux de la Ville de Paris, la veuve J.... le demandait dans les conditions déterminées par les règlements administratifs ; que dès lors, la Compagnie générale des Eaux ne pouvait lui refuser cet abonnement aux Eaux mises par la Ville à sa disposition pour le Service des particuliers » (Cass. civ., 25 juin 1884, *Compagnie générale des eaux contre Jouanne*, S., 1885-1-201).

1. Cf. Note du Professeur Mestre sous Dijon, 17 mars 1913, S., 1917-2-105 : « Les tribunaux judiciaires doivent faire respecter, dans les rapports entre le concessionnaire et le public, avec la loi de la concession exprimée dans le Cahier des Charges, les règles fondamentales relatives au fonctionnement des Services Publics, notamment le principe de l'égalité de tous les administrés devant les Services Publics. Si la Compagnie entend refuser la fourniture demandée, il faut qu'elle en donne les raisons dont il appartiendra aux tribunaux d'apprécier la valeur ».

§ 2. — *Les diverses formes de l'usage du Service*

Le particulier qui réclame la prestation du Service et le concessionnaire qui veut la lui fournir sont-ils tenus de se conformer aux dispositions du Cahier des Charges relatives à l'exploitation commerciale du Service. On conçoit deux régimes bien différents :

ou bien l'adhésion de l'usager aux conditions du Cahier des Charges et des tarifs : c'est le régime de la police, de l'abonnement,

ou bien la conclusion d'une convention entièrement indépendante du Cahier des Charges : c'est le régime du traité particulier.

Entre ces deux pôles il y a d'ailleurs une infinité de nuances, les polices comportant souvent des modifications, additions ou suppressions plus ou moins importantes au prototype réglementaire.

Les parties sont-elles toujours libres de déroger au règlement du Service, en ce qui concerne tant la prestation à laquelle s'engage le concessionnaire que la redevance versée par l'usager ? Le Cahier des Charges et les tarifs présentent suivant les cas le caractère impératif d'une loi d'ordre public, ou au contraire le caractère facultatif d'une loi interprétative. En voici quelques exemples :

Les relations du public avec les Compagnies de chemins de fer d'intérêt général sont dominées par les dispositions impératives des tarifs qui ne souffrent aucune dérogation. La jurisprudence a maintes fois affirmé le caractère d'ordre public des tarifs de chemins de fer, les décisions rendues en ce sens ne se comptent plus. C'est l'application intégrale du principe de l'égalité des usagers : ce n'est pas, tant s'en faut, que tous les usagers soient soumis à un régime uniforme ; mais la taxe doit être la même pour tous les individus réclamant la même prestation, avec les mêmes modalités, et remplissant les mêmes conditions fixées par les tarifs d'une manière impersonnelle et générale.

Les Cahiers des Charges et les tarifs des services de distribution de gaz, d'eau et d'électricité sont le plus souvent au contraire susceptibles de dérogations : à côté des polices

d'abonnement le concessionnaire passera avec certains usagers des traités particuliers ; les polices pourront elles-mêmes comporter des modifications plus ou moins accentuées aux clauses réglementaires. Dans ce régime de liberté contractuelle le principe de l'égalité des usagers conserve cependant ses droits. Voici par exemple le Cahier des Charges-type du 28 juin 1921 pour les distributions d'énergie électrique ; ce texte prévoit la fixation d'un tarif maximum dans les limites duquel le concessionnaire jouira d'une certaine latitude dans la détermination du prix de vente de l'énergie distribuée ; mais il ajoute : « Si le concessionnaire abaisse pour certains abonnés le prix de vente de l'énergie à basse tension, avec ou sans conditions, ou en dessous des limites fixées par le tarif maximum, il sera tenu de faire bénéficier des mêmes réductions tous les abonnés placés dans les mêmes conditions de puissance, d'horaire, d'utilisation, de consommation et de durée d'abonnement » (art. 2) ; à cet effet, le concessionnaire doit tenir à jour un relevé des abonnements consentis, avec mention des conditions ; ce relevé est tenu à la disposition du public¹.

Avec le traité particulier, nous sortons du cadre du Service ; le traité établit entre les parties des relations d'ordre contractuel relevant du droit commun des obligations ; la prestation fournie en dehors des termes de la concession est dans une certaine mesure extérieure au Service. Il en est ainsi lorsque la convention comporte pour le concessionnaire des obligations qui excèdent celles dont il est tenu par le Cahier des Charges vis-à-vis de l'Administration concédante : lorsque par exemple le distributeur d'énergie électrique s'engage à fournir un courant d'un voltage ou d'une tension supérieure à celle que prévoit le statut du Service ; lorsque les parties conviennent d'une redevance indépendante des tarifs². Les prévisions du

1. Voir Bougault, *Cahier des Charges pour les distributions d'énergie électrique*, p. 137 et suiv.

2. Voir sur ce point la note de M. Lhuillier au S., 1922-2-57, sous Lyon, 12 novembre 1931, *Société d'électricité du Bugey c/ Merle*. Cf. Conseil d'Etat, 24 mars 1926, *Compagnie générale des eaux c/ Ville de Lyon*, D., 1917-3-9, note du Professeur Appleton : le pouvoir concédant, à l'expiration de la

Cahier des Charges ont en vue les exigences de la masse des usagers, la vie courante du Service ; mais certaines entreprises clientes du service peuvent, en raison de leur importance, des nécessités particulières de leur exploitation, ne pas s'accommoder du standard réglementaire, réclamer un régime exceptionnel : avec le traité particulier, le concessionnaire s'engage à leur donner satisfaction, en marge de l'exécution normale du Service. Les rapports juridiques qui découlent du traité sont d'ailleurs étrangers à la loi du Service, dont ils ne subissent pas les répercussions.

Dans l'étude qui va suivre du contenu de la situation de l'usager, nous laisserons de côté le régime des conventions particulières : étant soumises au droit commun des obligations, elles ne présentent au point de vue qui nous occupe qu'un très faible intérêt. Nous verrons au contraire que le régime des polices, des abonnements, et plus généralement le régime de l'usage du service dans les conditions du Cahier des Charges, soulève d'intéressantes questions juridiques.

Section II

Nature et contenu de la situation de l'usager.

§ 1. *Position du problème.*

Nous nous bornerons donc à l'étude des rapports qui s'établissent entre le concessionnaire et l'usager à l'occasion de la fourniture du Service dans les conditions prévues au Cahier des Charges. La question préliminaire qui se pose est de bien définir l'exacte dépendance de ces rapports vis-à-vis de la loi du Service. Nous rappellerons rapidement les principes du droit administratif moderne sur la situation des usagers des Services Publics, dont nous vérifierons ensuite l'application à l'égard des Services concédés.

concession, n'est lié que par les engagements passés par le concessionnaire dans les conditions du Cahier des Charges, il n'est pas lié par les traités particuliers, sauf approbation expresse ou tacite.

1^o *La situation juridique des usagers des Services Publics.*

On sait que la doctrine se partage entre deux tendances : l'une, d'origine civiliste, soutient que les rapports de l'usager et du Service sont de nature contractuelle ; l'autre, spécialement publiciste, suivant laquelle l'usager se trouve investi par l'application de la loi du Service d'une situation réglementaire.

On a cru voir, bien longtemps, dans l'usage des Services Publics industriels, des contrats d'une nature spéciale, que l'on appelait les « contrats de guichet », parce qu'ils se forment le plus souvent au guichet d'un bureau. Sous cette forme particulière, ce sont des contrats de transport, de louage de services, d'assurance, de dépôt, etc... Cette analyse exigeait sans doute un remaniement de la notion traditionnelle du contrat : dans la doctrine classique, le concours des volontés est le support du lien contractuel ; le contrat implique des volontés libres et égales, la stipulation des prestations qui en constitue l'objet doit être librement débattue et consentie. La discussion sur les clauses du contrat, qui semble être la manifestation nécessaire du libre consentement et de l'autonomie des parties, ne fait-elle pas défaut ? Le consentement de l'usager s'exprime par l'adhésion qu'il donne aux clauses proposées par l'exploitant du Service ; la conclusion du contrat se décompose en deux phases : l'offre contenue dans la loi du Service, l'acceptation globale des conditions proposées.

Les rapports juridiques du droit privé offrent d'ailleurs aujourd'hui de nombreux exemples de contrats dont les conditions ne sont pas débattues, mais fixées unilatéralement par l'une des parties : les clauses des contrats de travail sont rédigées par l'employeur, les clauses des polices d'assurances par les Compagnies ; le cocontractant n'a qu'à s'incliner. Devant ces situations qui se multiplient, les civilistes ont construit la théorie du *contrat d'adhésion* ; le contrat de guichet sera absorbé dans cette catégorie plus large. L'usager du Service passe donc, en dernière analyse, un contrat de louage de services ou de transport dont les conditions lui sont dictées par l'exploitant et qui se trouve parfait par l'adhésion qu'il leur donne.

Une analyse plus approfondie de la situation de l'usager devait amener le déclin de la théorie des contrats de guichet, et par contre-coup de la conception contractuelle de l'usage du Service. Sans attaquer de front la notion du contrat d'adhésion, elle-même très discutée, on démontre aisément qu'elle ne peut convenir aux rapports de l'usager et du Service : car le concours de volontés libres et consentantes, qui sous une forme ou l'autre constitue toujours le support du lien contractuel, fait ici défaut.

Les conditions de la prestation du Service ne sont jamais discutées : « Il n'y a point de convention débattue entre les parties, les clauses sont fixées d'avance par les règlements de l'Administration tout comme elles le sont dans les marchés de travaux et de fournitures par le Cahier des Charges ; il se produit seulement un échange de consentements matérialisé par un acte rapide »¹.

Non seulement la discussion n'existe pas en fait, mais elle serait le plus souvent juridiquement impossible, puisque les règlements de nombreux Services s'imposent aux usagers nonobstant toute convention contraire : on ne conçoit pas un administré sollicitant des agents d'une Régie des conditions de faveur.

Enfin, seule la volonté de l'usager se manifeste : l'autre partie, l'agent chargé de la gestion du Service, ne peut lui refuser la prestation demandée ; nous savons que l'administré dispose de moyens de contrainte pour obtenir la prestation du Service à son profit, dont il n'aura jamais d'ailleurs à faire usage, car son droit n'est pas discuté. Ce serait un singulier contrat que cet acte dans lequel l'une des parties ne pourrait refuser de contracter. Non seulement d'ailleurs la volonté de l'exploitant du service n'est pas libre, mais le plus souvent elle est inexistante ; c'est automatiquement et sans aucune intervention de sa part que naît le rapport de droit ; par le seul fait de jeter une lettre dans une boîte postale ou de monter en tramway, l'usage du Service commence : une seule volonté s'est manifestée.

1. Hauriou, note au S., 1900-3-81 sous Confl. 17 juin 1899.

La conception contractuelle de l'usage du Service se heurte dans l'ensemble à une objection dirimante : c'est la prédominance de la loi institutionnelle du Service sur les volontés particulières. La volonté de l'usager comme celle des agents chargés de la gestion du Service ne sont ni égales ni libres : elles doivent s'adapter au moule d'un ensemble de conditions prédéterminées et souvent impératives. Des civilistes modernes ont rajeuni, pour la sauver, la théorie contractuelle ; M. Demogue a construit l'ingénieuse théorie des *contrats nécessaires* conclus entre deux volontés situées sur des plans différents, celle de l'Administration gardienne de l'intérêt général, et celle de l'Administré, subordonnée aux nécessités du Service exprimées dans son règlement. On reconnaît, dans cette conception, la prédominance de la situation institutionnelle sur la situation contractuelle ; celle-ci se trouve entièrement débordée par le règlement du Service. Le contrat ainsi compris, dont les conditions sont prédéterminées réglementairement en dehors de tout accord de volontés, ne répond plus à la notion traditionnelle ; le « contrat nécessaire » n'a rien d'un contrat, au sens classique, que la dénomination ¹.

Aussi la théorie de M. Demogue nous conduit-elle, dans son enchaînement logique, à l'élimination radicale du contrat. Les publicistes modernes, à la suite de Duguit, se rallient pour la plupart à une conception purement réglementaire de la situation de l'usager du Service Public.

L'adhésion d'un particulier à la loi du Service dont il réclame la prestation s'analyse en un acte-condition : à cet acte est subordonnée l'application des dispositions objectives qui déterminent sa situation. La situation de l'usager résulte, par l'intermédiaire de l'acte-condition, du règlement du Service qui fixe les droits et les obligations ; elle est par suite essentiellement réglementaire. Les rapports de l'usager et du Service découlent donc, non pas d'un contrat, mais d'une manifestation unilatérale de volonté déclenchant l'application de la loi du Service ².

1. Demogue, *Traité des obligations*, t. I, p. 71 ; Aulagnon, *De la situation juridique des usagers titulaires de polices d'abonnement*, p. 44 et suiv.

2. Duguit, *Transformations du droit privé*, p. 123-4, *La situation des parti-*

2°. *La situation juridique des usagers des Services concédés*

La conception nouvelle que nous venons d'exposer s'appliquera-t-elle sans difficulté aux Services concédés ? C'est encore une fois toute la théorie juridique de la concession de Service Public qui entre en jeu dans le débat. La conception institutionnelle du Service concédé, que nous avons tenté de justifier dans les rapports du concessionnaire et de l'Administration d'abord, puis du public non usager, est-elle applicable aux relations naissant de l'usage du Service ?

Dans une première tendance, que nous avons déjà bien souvent rencontrée, le Service concédé n'est qu'une entreprise industrielle réglementée fonctionnant sous le contrôle de l'Administration : ses rapports avec les usagers relèveront du droit privé. Le concessionnaire passe avec le public des contrats, comme un commerçant ordinaire avec ses clients. L'offre au public est contenue dans le Cahier des Charges du Service, qui précise les conditions proposées aux cocontractants. On analyse avec un soin tout particulier les tarifs, que l'on présente comme des conventions passées entre le concessionnaire et l'autorité concédante, avec offre au public de fournir le Service moyennant les redevances prévues : « Le tarif, c'est l'ensemble des conditions offertes au public par les Compagnies pour régler les transports qui leur sont confiés... Ces conventions restent à l'état de simples propositions aussi longtemps que nul ne les réclame ; elles prennent la vie et se renouvellent sous des conditions constantes à mesure que les particuliers demandent que le tarif leur soit appliqué... On est en présence d'un contrat d'adhésion »¹. Nous retrouvons en somme à la base de

culiers à l'égard des Services Publics, R.D.P. 1907, p. 411 ; *Situation juridique du particulier faisant usage d'un Service Public*, Mélanges Maurice Hauriou, p. 251 ; Jèze, *Principes généraux*, t. III, p. 11.

1. Thaller, *Droit commercial*, 7^e éd. p. 736-7. Colson écrivait dans des termes voisins : « Les tarifs sont des types de contrats débattus entre les Compagnies, d'une part, et l'administration représentant le public, d'autre part » (*Abbrégé*, p. 150). Cf. Bruxelles, 19 novembre 1900, *Dufour c/ Tramways bruxellois*, D., 1902-2-356 : « Attendu que la Compagnie en publiant les itinéraires, horaires, tarifs, a fait au public des offres de transport, lesquelles, dès le moment où elles sont acceptées, deviennent un contrat de transport parfait formé par le consentement des parties ».

cette conception l'idée d'une stipulation au profit du public incluse dans le Cahier des Charges et les tarifs du Service. Le contrat d'adhésion se présente ainsi sous une forme particulière et plus solide dans l'usage du Service concédé, en raison de la forme conventionnelle de l'organisation du Service ; l'usager ne passe pas à vrai dire un contrat indépendant avec le concessionnaire, il accepte la stipulation faite à son profit en demandant le bénéfice du Service : sa situation juridique n'en est pas moins essentiellement contractuelle.

Nous avons précédemment discuté cette application de la stipulation pour autrui aux rapports de l'usager et du Service, et tenté de montrer la nature essentiellement réglementaire de l'organisation du Service à l'égard du public. Le caractère réglementaire des tarifs, en particulier, est difficilement discutable, car il est affirmé par une jurisprudence administrative et judiciaire fort ancienne. Nous avons vu que, dans les rapports du concessionnaire et de l'Administration concédante, les tarifs faisaient partie intégrante du règlement flexible du Service : de même à l'égard des usagers, la jurisprudence proclame que les tarifs, spécialement les tarifs homologués des chemins de fer, et en général toutes les dispositions relatives au fonctionnement du Service intéressant le public, comme les ordres de Service et tableaux des distances, se comportent comme des lois matérielles ; ils ont force de loi pour régler les rapports des Compagnies et du public ; la jurisprudence ne craint pas de leur appliquer les sanctions pénales attachées aux lois de police¹. Les tarifs homologués des distributions de gaz et d'électricité bien qu'en général susceptibles de dérogations, présentent le même caractère impératif : car ils portent à la fois l'obligation pour le concessionnaire de fournir le Service et le droit pour le particulier de

1. De très anciennes décisions admettaient cependant le caractère contractuel des tarifs : Cass. 24 août 1870, S., 1871-1-11, 2 mai 1873, S., 1873-1-342. La jurisprudence est aujourd'hui bien établie en sens contraire par d'innombrables décisions ; parmi les plus récentes : Cass., 25 juin 1924, *Société Gondrand*, S., 1924-1-384, 9 juillet 1929, *Est*, S., 1929-1-323 ; 11 avril 1929, *Société Leroy* S., 1929-1-247. Sur la nature réglementaire des ordres de service : 18 février 1914, *Etat*, S., 1915-1-159 ; 16 décembre 1914, *Midi*, S., 1920-1-375, et des tableaux des distances : Cass. 21 janvier 1901, *Est de Lyon*, S., 1901-1-293, 14 mai 1919, *Nord c / Lacoche*, S., 1922-1-382.

l'exiger. Le tarif homologué, comme une loi supplétive, règle en l'absence de convention contraire les rapports du concessionnaire et de l'usager.

La conception réglementaire des tarifs a cependant été critiquée avec beaucoup de force par une partie de la doctrine. M. Georges Dereux, dans son étude sur *La nature juridique des tarifs de chemins de fer*, s'attaque avec une vigueur dialectique remarquable aux solutions de la jurisprudence. Les tarifs, prétend-il, ne présentent, ni en la forme, ni au fond, les caractères de l'acte législatif. En la forme, d'abord, un contrat, de ce qu'il est approuvé par une loi, ne devient pas lui-même une loi ; l'homologation des tarifs par le Ministre, d'autre part, ne suppose l'exercice ni d'une délégation législative contraire aux principes du droit public, ni d'un pouvoir réglementaire dont le Ministre ne dispose pas. Quant au fond, les tarifs sont bien des règles obligatoires, mais seulement pour les Compagnies : c'est par répercussion seulement que la force impérative des tarifs atteint les particuliers ; les tarifs ne sont pas d'autre part des règles générales : chacun d'eux n'est applicable que sur le réseau de la Compagnie qui l'a proposé au Ministre. Enfin, la force obligatoire des tarifs est subordonnée à l'assentiment du concessionnaire, alors que l'acte législatif relève de la seule volonté de la puissance publique. Les tarifs ne sont en réalité que de simples conventions : le tarif du Cahier des Charges n'est pas un acte distinct, mais un article du contrat intervenu entre l'Administration et le concessionnaire, approuvé par un acte d'autorité, mais conservant son caractère contractuel ; les tarifs d'application, dont la validité est subordonnée à l'initiative des Compagnies, se superposent au contrat originaire ; sans doute l'approbation du tarif est-elle un acte d'autorité, mais bien distinct du tarif lui-même ; celui-ci n'est pas un règlement, mais simplement une « offre de contrat »¹.

Cette thèse dont nous venons de résumer l'argumentation vigoureuse soulève de graves objections. Il est difficile de

1. Dereux, *Nature juridique des tarifs de chemins de fer*, thèse Paris, 1906. Cf. Aucoc, *Conférences*, t. II, p. 479.

contester la force obligatoire des tarifs à l'égard du public, et plus encore leur généralité ; le tarif est un acte général, quelle que soit sa portée d'application pratique, par cela seul qu'il règle les rapports nés et à naître entre la Compagnie et les usagers. L'objection tirée de la participation des Compagnies à l'élaboration des tarifs repose sur une confusion : on sait que le caractère individuel ou réglementaire d'un acte se détermine, non d'après sa forme, mais d'après son contenu ; la forme conventionnelle n'est pas inconciliable avec le contenu réglementaire de l'acte ; aussi bien avons-nous classé le règlement du Service concédé dans la catégorie des conventions-lois.

Aussi la plupart des auteurs contemporains, publicistes ou civilistes, suivant la jurisprudence, reconnaissent-ils le caractère réglementaire des tarifs. « Pour les usagers, le tarif est un règlement d'impôt ; ils sont obligés juridiquement à payer les redevances fixées aux tarifs sans pouvoir les discuter ni les faire modifier : le versement de la redevance, dans les conditions du tarif, est la condition mise par le texte organique du Service Public à la fourniture de la prestation aux usagers »¹.

En confirmant la nature réglementaire de l'organisation du Service en général et des tarifs en particulier à l'égard des usagers, nous éliminons l'objection tirée de l'existence d'une stipulation au profit du public ; il n'y a plus lieu de différencier la situation des usagers suivant le mode d'exploitation du Service. La situation de l'utilisateur du Service concédé est entièrement dominée par les dispositions réglementaires du Cahier des Charges et des tarifs, comme elle le serait par le règlement d'une Régie ou la loi organique des Services de justice, d'assistance, d'enseignement. La jurisprudence a maintes fois souligné cette étroite subordination².

1. Jèze, *Contrats administratifs*, R.D.P. 1932, p. 587-8- Cf. Moreau, *Le règlement administratif*, p. 28-9. Voir aussi Piot, *De l'application des prix des tarifs de chemins de fer*, Paris, 1913, et Josserand, *Les transports*, p. 217-231, qui considèrent les tarifs comme des actes administratifs.

2. En particulier, Cass. 8 janvier 1894, *Chemins de fer P.O. et P.L.M. c/ Laselve*, D. 1894-1-275 : « Attendu que les obligations réciproques des Compagnies de chemins de fer et du public sont réglées par les lois, ordonnances et décrets et par les Cahiers des Charges des dites Compagnies... Attendu que

M. Demogue a pourtant, ici encore, tenté de défendre la nature contractuelle, et du Cahier des Charges, et de l'usage du Service. Il nous propose la conception neuve et hardie du « contrat de réglementation », adaptation à la concession de Service Public de la notion exposée précédemment du « contrat nécessaire ». L'acte de concession est un contrat, plus exactement un super-contrat, qui régira toute une série de contrats subséquents à la manière d'une loi : « Il simplifie la conclusion et l'interprétation des contrats particuliers ; en même temps, il cherche à les dominer et à constituer une réglementation intermédiaire entre les lois et les contrats ordinaires »¹. Cette théorie ne fait que couvrir, sous une terminologie équivoque, l'intégralité de la situation réglementaire : sans doute explique-t-elle d'une façon parfaite les rapports de l'usager et du Service, mais c'est au prix d'une déformation de la notion traditionnelle du contrat ; elle conduit directement à l'élimination du contrat, et rejoint l'analyse de Duguit. Sous quelques divergences de forme, nous relevons donc une remarquable concordance entre les conceptions des civilistes les plus autorisés et celles des publicistes modernes ; l'usager, en réclamant la prestation du Service, déclenche l'application à son profit des dispositions objectives du Cahier des Charges ; sa situation, dont le contenu est déterminé, non par sa volonté ni par celle du concessionnaire, mais par la loi du Service, est purement réglementaire.

Cette conception est d'ailleurs confirmée dans ses conséquences. Nous montrerons rapidement par quelques exemples l'étroite subordination de la situation de l'usager à l'égard du Cahier des Charges et des modifications dont cet acte peut être affecté.

§ 2. — *L'application du Cahier des Charges de la concession,*

La situation de l'usager est dominée par les dispositions du règlement du Service, qui sont ou non, suivant le cas,

les Compagnies demandereses n'ont manqué à aucune des obligations qui leur étaient légalement imposées envers les voyageurs....».

1. *Traité des obligations*, t. II, p. 839-841.

susceptibles de dérogation. Cette dépendance apparaît avec une netteté particulière à deux points de vue : dans l'interprétation des droits réciproques des parties, dans les caractères de la responsabilité qu'elles encourent par l'inexécution de leurs obligations.

1° *Principes d'interprétation.*

La volonté de l'usager n'ayant pour effet que de déclencher l'application de la loi du Service, c'est en fonction des dispositions de la loi du Service que seront appréciés les droits et les obligations réciproques des parties. Le principe de l'interprétation littérale des tarifs de chemins de fer, depuis longtemps proclamé par la jurisprudence, n'a pas d'autre sens : la situation des usagers du Service, expéditeurs et voyageurs, les garanties dont ils bénéficient, les redevances auxquelles ils sont soumis, tout cela doit être évalué d'après les dispositions impératives des tarifs : l'intention des parties, les conventions qu'auraient intervenues entre elles, n'entrent pas en compte dans le débat. L'interprétation objective du Cahier des Charges et du tarif élimine l'interprétation subjective de la volonté de l'usager.

C'est par référence au Cahier des Charges et au tarif que la jurisprudence règle la situation de l'usager sans police : il arrive souvent qu'un particulier bénéficie de la distribution du gaz ou de l'électricité sans avoir passé d'abonnement en règle ; on considère qu'il s'est implicitement soumis à la loi du Service. Celle-ci, bien que susceptible de dérogations, constitue le droit commun de l'usage du Service et supplée à la convention des parties¹.

2° *De la responsabilité encourue par le concessionnaire et l'usager pour inexécution de leurs obligations réciproques.*

La responsabilité encourue pour la violation par l'une des parties des obligations découlant de la loi du Service est de nature délictuelle. Peut-être la jurisprudence a-t-elle

1. Dijon, 14 janvier 1904, *Borias c/ Bourdon*. Revue des Concessions, 1905, p. 68. Trib. civ. Redon, 30 novembre 1916, *Favelu c/ Compagnie du Gaz*. Revue des Concessions 1917, p. 74. Paris, 7 janvier 1924, *Violette c/ Société du gaz de Maubeuge*, D. 1924-2-143.

été guidée obscurément par cette idée en interprétant la responsabilité du concessionnaire d'après les seules dispositions objectives des Cahiers des Charges et des tarifs ; statuant sur les actions intentées contre les Compagnies de chemins de fer pour pertes et avaries survenues dans le transport de marchandises, les Tribunaux apprécient la responsabilité en fonction des tarifs sous le régime desquels l'expéditeur s'est placé, abstraction faite de tout accord qu'il aurait pu conclure avec la Compagnie¹ ; la jurisprudence ouvre une action en dommages-intérêts aux voyageurs lésés par la violation des règlements d'exploitation, par exemple des dispositions de l'Ordonnance de 1846 imposant aux Compagnies de munir les trains de voitures en nombre suffisant².

Il faut pourtant reconnaître que la jurisprudence est, dans son ensemble, assez flottante ; demeurant favorable à l'idée d'un contrat intervenu entre l'usager et le transporteur, elle tend à fonder la responsabilité sur l'inexécution des obligations contractées. Elle est même si bien ancrée à l'idée d'une responsabilité contractuelle qu'elle l'a parfois appliquée dans des situations manifestement extra-contractuelles. Certaines décisions relatives aux accidents survenus à des militaires transportés en vertu de réquisitions ont invoqué la responsabilité contractuelle des Compagnies : or, il n'intervient évidemment aucun contrat dans les rapports des Compagnies tant avec les militaires qu'avec l'Administration ; l'obligation du transporteur, née d'une réquisition de la puissance publique, est de nature réglementaire ; la responsabilité encourue par sa violation ne peut être contractuelle. Aussi cette solution a-t-elle été vivement critiquée par la doctrine : la Cour de cassation et le Tribunal des Conflits se sont d'ailleurs bien gardés, statuant sur l'action en indemnité du militaire transporté, d'en préciser le fondement³.

1. Cass. 16 juillet 1914, *Grand*, D. 1916-1-150 ; 20 octobre 1914. *Achaut Benoit*, *ibid* ; 12 janvier 1915, *Chavignon*, *ibid*.

2. Trib. Comm. Saint-Etienne, 26 avril 1901, *Staron*, S., 1904-2-116 ; Trib. Comm. Seine, 10 octobre 1903, *J...*, c / *Compagnie de l'Ouest*, S., 1904-2-118.

3. Paris, 13 et 26 février 1920, *Compagnies P.L.M. et P.O.*, Cass. 24 jan-

§ 3. — *L'application des modifications apportées au Cahier des Charges.*

La situation juridique de l'usager apparaît en pleine lumière lorsque le règlement du Service qui en détermine le contenu vient à subir des modifications¹.

L'usage du Service, en exécution notamment d'une police d'abonnement au Service du gaz ou de l'électricité, s'étend sur une certaine durée; on conçoit qu'en cours d'exécution de la police des modifications soient apportées aux clauses des Cahiers des Charges et des tarifs qui fixent les conditions d'exécution du Service, les redevances à verser par les usagers; c'est ainsi qu'au cours de la guerre les municipalités ont dû, nous l'avons vu, relever les tarifs des concessions de gaz et d'électricité : les tarifs nouveaux s'imposeront-ils aux titulaires de polices d'abonnement ?

Si l'on considère la police comme un contrat, la négative s'impose pour deux raisons : l'avenant dans lequel l'Administration concédante et le concessionnaire conviennent de relever les tarifs ne peut avoir d'effet à l'égard des tiers (art. 1165 du Code civil); d'autre part et surtout, le contrat intervenu entre l'usager et le concessionnaire a force de loi entre les parties, le principe essentiel de la stabilité des contrats s'oppose à ce que les obligations convenues soient modifiées en dehors du consentement des parties (art. 1134 du Code civil); les lois nouvelles ne rétroagissent pas sur les contrats en cours d'exécution : *a fortiori* les conventions étrangères à l'un des contractants.

Ces considérations décisives ont emporté les premières décisions de la jurisprudence : quelques arrêts refusèrent d'appliquer les taxes nouvelles aux abonnements télé-

vier 1922, *Billard*, 4 juillet 1922, *Vve Sicard*, 22 janvier 1924, *Vve Castanera*, Confl. 10 mars 1923, *Vve Rousseau* et 9 juin 1923, *Vve Sicard*. Voir les notes des Professeurs Hauriou au S., 1924-3-57, et Mestre, au S., 1921-2-65 et 1924-1-161. Duguit, *Transformations du Droit privé*, p. 124-5, *Situation d'un particulier usant d'un Service Public*, Mélanges Hauriou. Jèze, *Principes généraux*, t. III, p. 50, Bibié, *op. cit.*, p. 88.

1. Sur ce point voir notamment les études remarquables des Professeurs Aulagnon, *Situation juridique des usagers titulaires de polices d'abonnements*, 1924 et Decencièrre-Ferrandière, *Effet à l'égard des tiers des augmentations de tarifs des concessions de gaz et d'électricité*, Thèse Paris, 1926.

phoniques en cours¹. Mais lorsqu'au cours de la guerre fut opéré le relèvement des tarifs du gaz, l'application des mêmes principes risquait d'entraîner des conséquences regrettables : la mise en vigueur des nouveaux tarifs devait être immédiate sous peine d'être inopérante, et s'appliquer aux polices en cours d'exécution ; il s'agissait de sauver le Service Public d'une ruine imminente. C'est sous la pression des nécessités pratiques plus que sous l'influence de considérations théoriques que la jurisprudence opéra un revirement complet. Dans un jugement du 10 mai 1916, le Tribunal Civil de la Seine proclame l'application immédiate des nouveaux tarifs aux polices d'abonnement antérieurement contractées². De très nombreuses décisions postérieures confirmeront le principe en précisant les modalités d'application.

Cette solution est-elle conciliable avec la conception contractuelle de l'usage du Service ? Sur le terrain du droit civil, on a tenté trois systèmes de défense :

1^o Les partisans de la théorie de la stipulation pour autrui soulignent que le droit du bénéficiaire ne se détache jamais complètement du contrat qui lui a donné naissance ; l'avenant au contrat de concession, en provoquant la disparition de certaines de ses clauses, fait tomber par contre-coup les polices qui s'y réfèrent ; si l'abonné continue à user du Service, c'est en vertu d'une adhésion implicite aux nouvelles conditions³. Cette ingénieuse argumentation se heurte immédiatement à la règle de l'irrévocabilité de la stipulation : la stipulation ne peut plus être retirée dès qu'elle est acceptée ; or, la modification du tarif à la requête ou sur le consentement du stipulant constitue bien une révocation⁴.

1. Paris, 21 avril 1887, *Compagnie des téléphones*, S., 1889-2-51 ; Nancy, 9 mai 1896, *Colin*, S., 1898-2-281.

2. *Société d'éclairage, chauffage et force motrice c/ Delille*, Gaz. Trib. 1916-2-38, conclusions du substitut Regnault. Cf. parmi les toutes premières décisions : Justices de Paix de Forges-les-Eaux, 2 juin 1916, et du Raincy, 20 novembre 1916.

3. Cf. en ce sens les conclusions précitées de M. Regnault et note du Professeur Appleton au D., 1922-1-41 : « le bénéfice de la stipulation pour autrui n'est transmis à l'usager que sous les modalités et les réserves contenues dans la stipulation ».

4. Cf. Bordeaux, 26 juin 1919, et Trib. Comm. Lyon, 6 mai 1921.

2° Le principe de la stabilité des contrats doit être concilié avec le principe de l'exécution de bonne foi des obligations et de l'interprétation de la volonté raisonnable des parties : en adhérant au Cahier des Charges, l'usager souscrit par avance aux modifications dont il pourrait être affecté ; le tarif en particulier est susceptible de variations, l'usager le sait, il accepte implicitement ces variations¹. C'est une interprétation divinatoire de la volonté du contractant : le relèvement des tarifs fut provoqué en fait par des difficultés imprévisibles survenues dans l'exploitation du Service ; comment l'usager aurait-il pu seulement en envisager l'éventualité ?

3° La raison dominante qui ressort de la plupart des arrêts et semble avoir décidé la jurisprudence, c'est la *subordination de la police à l'égard du Cahier des Charges et du tarif* ; la situation de l'usager est dominée par la loi du Service dont elle subit les fluctuations ; elle est liée à l'évolution du contrat de concession. « La police est bien un contrat, concluait le substitut Regnault mais un contrat qui est l'accessoire, la dépendance du Cahier des Charges, et qui doit être interprété au moyen de ce Cahier des Charges »².

Nous voici en vérité bien loin des principes classiques du droit privé des obligations ; cette superposition au contrat de concession du contrat naissant de l'usage du Service, les liens d'interdépendance et la pénétration de ces deux contrats, fait échec aux deux règles de la stabilité et de la relativité des obligations contractuelles ; une semblable conception n'est admissible, comme le reconnaissait M. le substitut Regnault, qu'à la lumière des principes de droit public qui dominent toute la matière. Nous pressentons, à l'origine de cette solution, l'ingénieuse théorie des contrats

1. Voir en ce sens les jugements du Triv. civil de Pontoise, 5 avril 1917, *Choiseau*, 14 juin 1917, *Martin*, 12 décembre 1917, *Haas*, *Revue des Concessions* 1917, p. 85 et 108, et 1918, p. 84 ; Bordeaux, 26 juin 1919, *Compagnie générale d'éclairage c/ Société intercommunale*, *Revue des Concessions*, 1919, p. 113.

2. Dans le même sens : Paris, 15 mai 1919, *Choiseau c/ Société éclair. chauff. force motrice*, S., 1921-2-93 ; Cass. Req. 4 ai 1921, *Société intercommunale*, D., 1922-1-41 ; Lyon, 25 juillet 1921, *Compagnie du gaz de Lyon c/ Trolliet*, D., 1922-2-19, conclusions de l'avocat général Laroque.

de réglementation grâce à laquelle des civilistes d'avant-garde pensent rajeunir la conception contractuelle de la concession de Service Public. Le contrat de réglementation domine les contrats particuliers pour leur communiquer son contenu, sa substance ; mais il faut aller plus loin : « Une modification du contrat de réglementation peut-il en principe les atteindre pendant leur durée ? *Par nécessité pratique* — répond M. Demogue — il a été admis que les contrats individuels devaient tenir compte de ce changement ». (*Obligations*, t. II, p. 867). Ce seront donc toujours les nécessités pratiques qui primeront les raisons juridiques ? Est-il donc impossible de justifier rationnellement et juridiquement la solution de la jurisprudence ?

Il faut pour cela aller plus loin dans la voie même où s'engage M. Demogue, rompre les attaches avec le droit civil, reconnaître le caractère foncièrement réglementaire de la situation de l'usager. D'abord, l'organisation réglementaire du Service incluse dans les Cahiers des Charges et le tarif s'impose aux usagers avec force de loi. Mais cela ne suffit pas, car les variations subies par les lois n'atteignent pas les contrats conclus antérieurement, les situations subjectives restent soumises à la loi sous l'empire de laquelle elles se sont créées. Or l'usager, en manifestant sa volonté de bénéficier du Service, ne passe pas de contrat ; il se soumet aux conditions réglementaires de l'exploitation du service, dont il réclame l'application. Le statut de l'usager, déterminé par la loi du Service, en subit nécessairement les fluctuations¹.

Le fondement de la règle en délimite la portée : l'application du tarif nouveau ne se conçoit qu'à l'égard des polices placées sous la dépendance du Cahier des Charges ; les traités particuliers qui constituent de véritables contrats resteront sous l'empire des anciens tarifs. La jurisprudence a très nettement consacré cette distinction en refusant d'ap-

1. La jurisprudence admet d'ailleurs qu'à défaut d'une référence expresse au Cahier des Charges, et par une simple référence tacite, la police puisse se trouver sous la dépendance de cet acte : Cass., 4 mai 1921, *Société intercommunale*, D., 1922-1-41, note du Professeur Appleton, Req. 15 avril 1924, *Trollet c/ Compagnie du gaz de Lyon*, D.H., 1924, p. 393.

pliquer le relèvement des tarifs aux conventions indépendantes du Cahier des Charges ¹.

*
*
*

Les rapports du Service concédé avec le public relèvent essentiellement du droit public. Les quelques réserves que l'on pourrait formuler tiennent à l'objet du Service, à son caractère industriel et commercial ; la corrélation étroite qui existe entre le fonctionnement d'un Service de cette nature et la satisfaction du public qui en est la raison d'être n'est pas sans intérêt : elle justifie le droit du particulier au bénéfice du Service, la possibilité de conventions particulières, le régime de ces conventions. Quant au mode de gestion du Service, il est sans influence. Les particuliers possèdent sur le fonctionnement de Services concédés, les pouvoirs de contrôle les plus étendus ; l'usage du Service est placé sous la dépendance de la loi de l'institution ; tout se passe comme si le Service était directement exploité par les agents publics. Les différences que l'on a tenté de déduire du caractère privé de l'exploitation s'effondrent devant le caractère institutionnel de la concession ; vu de l'extérieur, du côté du public, le Service concédé n'est qu'un rouage de l'Administration dont la structure est identique à celle des autres rouages, dont le fonctionnement obéit aux mêmes lois, autour duquel gravitent un ensemble de situations réglementaires dont il provoque la formation.

1. Cass. Civ. 20 février 1923, *Grandin c/ Société électrique de l'Anjou*, S., 1923-1-193, note du Professeur Mestre, 13 juillet 1925, *Compagnie Loire et Centre*, S., 1925-1-294.

CONCLUSION

Parvenus au terme de cette étude, nous pouvons jeter un regard en arrière et mesurer le chemin parcouru. Nous avons tenté, en examinant la concession de Service Public sous ses différents aspects, d'en pénétrer la structure juridique. Au-dessus des éléments fragmentaires que nous avons recueillis, une idée fondamentale se dégage : c'est la prédominance sur les rapports du concessionnaire avec l'Administration et le public de l'institution objective du Service. L'exécution, la réglementation du Service, répondent à la nécessité d'assurer la satisfaction la plus rapide et la plus complète des besoins du public ; les volontés particulières doivent se plier devant les nécessités supérieures du Service. Aussi le fonctionnement des Services Publics, même concédés, offre-t-il un terrain peu favorable à la formation de situations contractuelles ; la loi du Service tend à s'imposer seule au concessionnaire comme aux particuliers ; s'adaptant aux besoins du public dont elle suit les variations, elle présente une faculté d'évolution inconciliable avec la rigidité du lien contractuel. L'équilibre financier de l'exploitation sera assuré par le jeu d'un contrat compensateur, qui permet de concilier l'intérêt du Service et les droits légitimes du concessionnaire sur le terrain indemnitaire ; l'équation financière du Service se trouve garantie par l'intervention régulatrice de la Caisse publique.

L'autonomie du concessionnaire se réduit à très peu de chose. Au point de vue de l'exploitation technique, la réglementation du Service lui échappe entièrement ; il subit la loi du Service dans toute sa force impérative. Sur le terrain financier, sans doute dispose-t-il de droits contractuels ;

mais la garantie contractuelle incluse dans le traité, en l'associant étroitement à l'Administration, réduit encore son indépendance ; en supprimant presque entièrement l'aléa de l'exploitation, elle transforme le concessionnaire en un régisseur à peine intéressé. La subordination du Service concédé à la Puissance Publique sur le terrain réglementaire se trouve ainsi doublée d'une dépendance vis-à-vis de la Caisse Publique en matière financière.

Dès lors la concession de Service Public, dans son organisation intérieure comme dans ses rapports avec le public, est beaucoup moins une entreprise industrielle privée qu'un rouage de l'Administration. L'ancienne conception qui prétendait enfermer les rapports du concessionnaire et de l'autorité concédante dans le cadre d'un contrat ne répond plus aux conditions actuelles de la vie administrative. Sous sa forme moderne, la concession de Service Public se trouve intégrée dans l'institution administrative : « Au demeurant, comme l'écrivait Hauriou, il y a un gros organisme administratif qui fonctionne, et devant lequel se minimise l'effet des volontés subjectives, comme s'atténuent les responsabilités subjectives ; la loi du contrat fléchit sous le même poids que le risque contractuel ; tout le contrat administratif est comme écrasé par l'importance de son objet ; le contrat a essayé d'embrasser dans ses clauses une institution vivante ; mais la tâche est au-dessus de ses forces, et l'institution déborde de tous les côtés ».

En présence de cette évolution, des auteurs ont diagnostiqué une « crise du contrat de concession » : la concession, procédé de gestion d'un Service Public, tendrait à disparaître devant la Régie simple ou intéressée¹. L'autonomie du concessionnaire, dit-on, n'existe plus que dans les principes ; sous une façade d'indépendance, l'Administration s'est pratiquement annexé la direction du Service ; la transformation s'est même intégralement réalisée pour de nombreux services par le rachat des concessions : ce sont notamment la plupart des réseaux d'intérêt local qui

1. Montsarrat, *Contrats et concessions des communes*, p. 219.

sont aujourd'hui exploités en régie par les Départements.

Il ne semble pas cependant que la concession de Service Public soit immédiatement menacée de disparaître : elle présente l'avantage capital d'être un procédé de gestion industrialisé et non bureaucratique. Si réduite que soit l'autonomie du concessionnaire, il n'en est pas moins indépendant des cadres administratifs. En matière technique, s'il reçoit les directives de l'autorité concédante sur les conditions de fonctionnement du Service, il reste maître de l'organisation intérieure de son exploitation ; on lui impose la fin en lui laissant le choix des moyens. L'action du pouvoir hiérarchique, qui s'exprime sous forme d'instructions et de circulaires et qui canalise étroitement l'activité des agents publics, ne s'exerce pas sur le concessionnaire. Sur le terrain financier, le budget du Service, s'il est le plus souvent en compte avec la Caisse publique, n'en est pas moins autonome ; le concessionnaire est, au moins nominalement, responsable de sa gestion ; il en répond, non devant des supérieurs hiérarchiques, mais devant les collectivités privées d'actionnaires dont il représente les intérêts.

Comment la concession de Service Public pourra-t-elle subsister, tout en subissant l'attraction toujours plus forte de l'institution administrative ? Nous ne croyons pas qu'elle risque d'être absorbée dans le cadre des Administrations centrale, départementale ou locale. Le droit public moderne tend en effet à confier la gestion des Services Publics industriels à des organismes indépendants des Administrations territoriales. L'extension croissante des fonctions de l'Etat dans le domaine économique se trouve balancée par une décentralisation progressive, par une différenciation très poussée des organes de gestion. Les anciens services de police, de justice et de finance pouvaient sans inconvénients être centralisés par l'autorité gouvernementale : les grands Services économiques qui tendent à occuper une place primordiale dans l'Etat moderne réclament des procédés d'exploitation particuliers. Le législateur n'a pas craint de détacher des cadres généraux de l'Ad-

ministration un très grand nombre de services : il leur a donné l'autonomie financière, avec un budget distinct indépendant du Parlement ; il leur a donné la personnalité morale, et des organes de direction particuliers. Ces services autonomes ne sont d'ailleurs pas soumis à un régime uniforme : certains ont une organisation administrative ; le pouvoir central s'en est déchargé tout en conservant le contrôle des décisions les plus importantes et de l'exécution des budgets ; d'autres sont nettement industrialisés : ce sont les monopoles fiscaux, les exploitations industrielles dont l'Etat a dû assumer la charge dans un but de police ou dans l'intérêt national ; c'est l'Administration des chemins de fer de l'Etat, les offices de l'Azote et de la Navigation, les Manufactures Nationales, etc...¹

L'opposition traditionnelle de l'exploitation directe des Services Publics et de la concession paraît donc aujourd'hui bien simpliste. Sous sa forme moderne, la concession de Service Public est très proche du Service Autonome, pourvu de l'autonomie financière et de la personnalité morale, soumis cependant au contrôle de l'autorité administrative. Sans doute existe-t-il encore une différence importante dans la personnalité des organes de direction, qui sont dans la Régie industrielle des fonctionnaires, dans la concession les représentants d'intérêts privés ; la régie est une entreprise administrative dont les bénéfices seront versés à la Caisse Publique ; la concession est une entreprise commerciale dont les actionnaires recherchent un bénéfice pécuniaire.

Nous voudrions montrer en terminant que cette différence elle-même tend à s'effacer ; que, dans une conception absolument nouvelle, la concession tendrait à fusionner avec la Régie : c'est l'intéressante institution de la Régie coopérative, appliquée par la loi du 27 mai 1921 aux travaux d'aménagement du Rhône. On réunit les différentes collectivités publiques et privées intéressées en une vaste coopérative qui sera concessionnaire de l'entreprise, qui en assurera

1. Sur l'autonomie financière et administrative des services économiques, voir Debray, *L'autonomie financière des Services Publics*, Thèse, Paris, 1930.

la direction technique et la responsabilité financière ; le capital-actions sera entièrement souscrit par les collectivités envisagées. Voilà donc l'exploitation du Service confiée à un concessionnaire qui n'est pas une société privée, mais un groupement de collectivités publiques et privées ; chose curieuse, l'autorité concédante, le concessionnaire et le public usager se trouvent dans une certaine mesure représentés par les mêmes organes. « Au lieu que le concessionnaire soit une Société commerciale constituée par des capitalistes désireux d'investir leurs fonds dans une entreprise de travaux publics ou de Services Publics, il serait, dans les nouvelles formes envisagées, une sorte d'établissement public groupant dans des proportions déterminées par la loi les collectivités territoriales où les associations industrielles, commerciales et agricoles intéressées »¹. Comme un autre exemple de cette fusion, on peut citer dans l'organisation récente des Chemins de fer la transformation de l'autorité concédante, la substitution aux organes bureaucratiques de contrôle du groupement des intéressés dans le Conseil supérieur des Chemins de fer. Cette conception nouvelle de la Régie coopérative, qui semble destinée à un bel avenir, résulte en somme de la fusion des notions traditionnelles de la Régie directe et de la concession. La concession de Service Public, si elle suit cette évolution, deviendrait un procédé technique excellent pour la gestion autonome des services par les groupements publics et privés intéressés à leur exploitation.

1. Jansse, *op. cit.*, p. 281.

Vu, le Doyen,
Edgard ALLIX.

Vu, le Président de la Thèse,
Achille MESTRE.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLÉTY.

BIBLIOGRAPHIE

I. — DOCTRINE

(OUVRAGES ET ARTICLES DE REVUES)

A) Etudes générales de la concession de Services Publics.

- BERTHÉLEMY. — *Traité élémentaire de Droit administratif*, 13^e éd., 1933.
- BLONDEAU. — *La concession de Service Public*, Thèse, Grenoble, 1929.
- DREYFUS. — *Etude juridique de la concession de travaux publics*, Thèse, Paris, 1896.
- DUGUIT. — *Les transformations du Droit privé*, 1912.
- *Les transformations du Droit public*, 1913.
- *Traité de Droit constitutionnel*, 3^e éd. 1929.
- T. I. La règle de droit.
- T. II. Eléments, fonctions et organes de l'Etat.
- T. III. Les agents et le patrimoine de l'Etat.
- GAUDUCHEAU. — *Le concessionnaire de Service Public et l'autorité concédante*, Thèse Rennes, 1912.
- HAURIU. — *Traité de Droit administratif*, 12^e éd., 1933.
- JANSSE. — *Evoluation de la notion de concession en matière de chemins de fer*, Thèse, Paris, 1924.
- JÈZE. — *Les principes généraux du Droit administratif*.
- T. I. La technique juridique du Droit public, 3^e éd. 1925.
- T. II. Théorie générale de la fonction publique, 3^e éd. 1930.
- T. III. Le fonctionnement des Services Publics, 1929.
- *Les contrats administratifs* :
- T. I. Les principaux contrats administratifs, 1927.
- T. II. Formation et exécution des contrats administratifs, 1932.
- T. III. Exécution des contrats administratifs, 1933.
- MAYER. — *Le Droit administratif allemand*, t. III et IV, 1906.
- REDEUILH. — *Nature juridique de la concession de Service Public*, Thèse, Bordeaux, 1925.
- RIEU. — *Nature juridique de la concession de travaux publics*, Thèse, Paris, 1923.

B) Etudes de l'organisation des principaux services concédés.

- BIBIÉ. — *Nature juridique des voies ferrées d'intérêt général concédées*, Thèse, Bordeaux, 1919.

BLAEVOET. — « Modifications apportées au régime des distributions d'énergie électrique par la loi du 27 février 1925 », *R.D.P.* 1925, p. 53.

BOUGAULT. — *Le Cahier des Charges des distributions d'énergie*. Grenoble, 1922.

BOYER. — *Les conventions entre l'Etat et les compagnies de transports maritimes*. Thèse, Paris, 1918.

CHAMPETIER DE RIBES. — *Régimes comparés de la concession de la Régie simple et de la Régie intéressée pour l'exploitation des transports en commun*, Thèse, Paris, 1923.

COLSON. — *Transports et tarifs*, 1890.

— *Abrégé de la législation des Chemins de fer*, 2^e éd., 1904.

CRUVEILHIER. — « Les concessions d'éclairage », *Revue Générale d'administration*, 1898 et 1899.

LAMÉ-FLEURY. — *Code annoté des chemins de fer*, 4^e éd. 1905.

LAMPUÉ. — *Rapports entre l'Etat et les Compagnies de transports aériens*, Thèse, Paris, 1927.

L'HUILLIER. — *Législation des distributions d'énergie électrique*, 1928.

LONDICHE. — *Les transports en commun à la surface de la région parisienne*, Thèse, Paris, 1929.

MONTSARRAT. — *Contrats et concessions des communes*, 1920.

PICARD. — *Traité des chemins de fer*, 1887, 4 volumes.

RÉVÉRAND. — *Les conditions d'exploitation du chemin de fer métropolitain de Paris*, Thèse, Paris, 1904.

THÉVENEZ, d'HÉROUVILLE et BLEYS. — *Législation des chemins de fer* (2 volumes), 1930.

VASSEUR. — *Législation des chemins de fer d'intérêt local, des tramways et services automobiles*, 1923.

C) Notion générale de la concession de service public.

AUCOC. — *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, 3^e éd., 2 vol. 1886.

BATBIE. — *Traité de droit public et administratif*, 2^e éd. 1885.

BLAEVOET. — « Nature des concessions d'entreprises hydrauliques », *Revue des Concessions*, 1927, p. 33.

BONNARD. — « Notion générale des attributions et fonctions de l'Etat et des Services Publics », *R.D.P.* 1925, p. 5.

BOSC. — « Le service de ravitaillement durant la guerre », *R.D.P.* 1925, p. 638.

CAPITANT (René). — « La double notion du travail public », *R.D.P.* 1929, p. 507.

CHRISTOPHLE. — *Traité des travaux publics*, 1862.

CHRISTOPHLE et AUGER. — *Traité des travaux publics*, 1890.

DEBRAY. — *L'autonomie financière des services publics*, Thèse, Paris, 1930.

DUFOUR. — *Traité de droit administratif*, t. VII.

- DUCROCQ. — *Cours de droit administratif*, 7^e éd. 1900.
- GUILLOUARD. — *Notion générale des autorisations, des concessions administratives et des actes d'exécution*, 1903.
- JÈZE. — « Le service public », *Revista de drept public*, 1926, p. 161.
- LAFFERRIÈRE. — *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^e éd. 1896.
- LAHILLONNE. — *La gestion privée des Services Publics*, Thèse, Toulouse, 1931.
- MESTRE. — *Propriétaires et compagnies de distribution d'énergie électrique*, 1925.
- *Le contentieux des contrats administratifs. (Cours de contentieux administratif, 1930-1).*
- NOËL. — *La notion du travail public*, Thèse, Paris, 1924.
- PERRIQUET. — *Les contrats de l'Etat*, 1884.
- REGRAY. — *Les faits de jouissance privative dont le domaine public est susceptible*, Thèse, Paris, 1900.
- REMAURY. — « Permission de voirie et concession », *Revue des Concessions*, 1927, p. 5.
- DE LA TASTE. — « Réglementation des distributions d'énergie électrique », *Revue des Concessions*, 1907, p. 337.
- TROTABAS. — *L'utilisation du domaine public par les particuliers*, Thèse, Paris 1923.

D) *La réglementation du service concédé.*

- BASTID. — « La situation juridique du personnel des Services Publics concédés », *Revue Politique et Parlementaire*, 1930, t. 145, p. 235.
- BERNIER. — « Pouvoirs de l'Administration sur les concessions de travaux publics », *R.D.P.* 1927, p. 474.
- BETTINGER. — *La situation juridique du concessionnaire de transports en commun à l'égard de la concurrence*, Thèse, Paris, 1933.
- CHARDON. — *Le pouvoir administratif*, 1912.
- COLSON. — « La situation juridique du personnel des Services Publics concédés », *Revue Politique et Parlementaire*, 1930, t. 145, p. 300.
- DEJAMME. — *Le pouvoir réglementaire*, 1893.
- DEMOGUE. — « Les modifications apportées aux contrats par une volonté unilatérale », *Revue Trimestrielle, Droit civil*, 1907, p. 245.
- DEREUX. — *Nature juridique des tarifs de chemins de fer*, Thèse, Paris, 1906.
- DUEZ. — *De l'indépendance des autorités législatives et réglementaires dans la fixation des règles de droit*, Thèse, Lille, 1914.
- GIRON. — *Les compagnies concessionnaires et la liberté du travail*, Thèse, Lyon, 1914.
- HAURIUO. — « Du danger des monopoles de fait établis par l'occupation de la voie publique », *R.D.P.* 1894-1-78.
- JÈZE. — « Rapports juridiques entre l'administration et les concessionnaires de Service Public », *R.D.P.* 1907, p. 678.
- « De l'application des règles du droit privé aux manifestations unilatérales de volonté du droit public », *R.D.P.* 1923, p. 5.

— « La réintégration des Cheminots », *R.D.P.* 1924, p. 621.

MARLIO. — « Le raccordement des voies ferrées et navigables », *Revue Politique et Parlementaire*, 1909, t. 61, p. 439.

DE MESMAY. — « Des concessions de travaux publics », *Revue Générale d'Administration*, 1896-3-257.

MOREAU. — *Précis de Droit administratif*, 1909.

— « Le règlement administratif », 1902.

RIPERT (Henri). Des rapports entre les pouvoirs de police et les pouvoirs de gestion dans les situations contractuelles », *R.D.P.* 1905, p. 5.

ROLLAND. — « Les retraites des cheminots », *R.D.P.* 1909, p. 520.

— « La grève des tramways de Paris », *R.D.P.* 1916, p. 587.

— « La grève des agents des Services Publics concédés », *R.D.P.* 1910, p. 604.

— « Du droit pour le législateur d'interpréter et de compléter les dispositions de l'acte de concession », *R.D.P.*, 1910, p. 116.

SCELLE. — *De l'influence des considérations d'utilité publique sur les contrats*, Thèse, Paris, 1906.

TASTE (De la). — « Sanctions pécuniaires des obligations des concessionnaires de chemins de fer et de tramways », *Revue des Concessions*, 1904, p. 49.

THIBEAULT. — *Le régime du personnel du gaz de Paris*, Thèse, Paris, 1929.

TOUTAIN. — « Des autorisations dans les contrats portant concession d'éclairage, au gaz », *Revue Générale d'Administration*, 1882, p. 261.

E) L'organisation financière du Service concédé et les recours en indemnité.

ALIBERT. — *Le contrôle juridictionnel de l'administration par le recours pour excès de pouvoir*, 1926.

— *L'Imprévision dans les concessions de Services Publics*, 1925.

APPLETON. — *Traité élémentaire du contentieux administratif*, 1917.

BERTHÉLÉMY. — « Communes et gaziers », *Revue Politique et Parlementaire*, 1917, p. 23.

BOSC. — « Le régime des pénalités dans les marchés de fournitures », *R.D.P.* 1921, p. 215.

— « La théorie de l'Imprévision en matière de concessions de Services Publics », *R.D.P.* 1926 p. 411.

— « Conséquences juridiques des mesures législatives et réglementaires tendant à modifier les conditions d'exécution des contrats administratifs », *R.D.P.* 1927, p. 177.

CHABANNE. — *Les recours au profit du concessionnaire de Service Public*, Thèse, Paris, 1912.

CHASSEIGNE. — « Le matériel roulant complémentaire au cours des concessions de tramways », *Revue des concessions*, 1911, p. 5.

DESBATS. — « Nature juridique du contrat de concession », *Revue Générale d'Administration*, 1917, 1-5.

DUEZ. — *La responsabilité de la puissance publique*, 1927.

DUGUIT. — « De la responsabilité pouvant naître à l'occasion d'une loi », *R.D.P.* 1910, p. 637.

- « Le Conseil d'Etat et l'affaire du Gaz de Bordeaux », *Revue Politique et Parlementaire*, 1916, t. 87, p. 264.
- « La fonction juridictionnelle de l'Etat », *R.D.P.* 1922, p. 165-346.
- FURTUNA. — *Le fait du Prince*, Thèse, Paris, 1924.
- GROS. — *Conséquences juridiques de la guerre sur les Services Publics concédés de gaz et d'électricité*, Thèse, Lyon, 1922.
- GUILLOIS. — *De l'application dans le temps des lois et règlements*, Thèse, Paris, 1912.
- JÈZE. — « La guerre et les concessionnaires de Services Publics », *R.D.P.*, 1916, p. 206 et 388.
- « De la responsabilité des patrimoines administratifs », *R.D.P.* 1910, p. 72.
- « Le régime juridique des marchés de Services Publics », *R.D.P.*, 1918, p. 219.
- BARTHÉLÉMY (Joseph). — « L'Etat et le contrat », *R.D.P.* 1911, p. 129.
- « La responsabilité de l'Etat », *R.D.P.* 1907, p. 92.
- LEBON. — « La guerre et les contrats », *Revue Politique et Parlementaire*, 1916, t. 87, p. 161.
- MICHOUD. — « La responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents », *R.D.P.* 1895-1-401, et 11-251.
- ROUBIER. — *De l'influence des changements des circonstances sur les contrats du droit public*, Thèse, Lyon, 1914.
- SCELLE. — « Etude sur la responsabilité de l'Etat législateur », *R.D.P.* 1913, p. 637.
- TASTE (De la). — « La crise du gaz devant les Conseils de Préfecture », *Revue des concessions*, 1916 p. 209.
- « La crise économique et les Services Publics concédés », *Revue Politique et Parlementaire*, 1920, t. 105, p. 424.
- « Le réajustement des contrats de concession de chemins de fer et tramways », *Revue des Concessions*, 1925, p. 251.
- TEISSIER. — *La responsabilité de la puissance publique*, 1906.
- TROTABAS. — « La responsabilité de l'Etat en droit interne », *R.D.P.* 1932, p. 679.
- VEGLERI. — *Des modifications apportées par l'Administration à ses contrats*, Thèse, Paris, 1927.
- X..., — « La crise des Services concédés et la politique », *Revue des Concessions*, 1917, p. 5.
- « La crise économique et les Services Publics concédés », *Revue des concessions* 1920, p. 5.

F) Les rapports des particuliers et du Service concédé.

- AULAGNON. — *La situation juridique des usagers titulaires de polices d'abonnements à l'égard des compagnies concessionnaires d'un Service Public*, 1924
- BONNARD. — « Essai d'une théorie des droits publics subjectifs des administrés », *R.D.P.* 1923, p. 695.
- DECENCIÈRE-FERRANDIÈRE. — *De l'effet à l'égard de tiers des augmentations de tarifs dans les concessions de gaz et d'électricité*, Thèse, Paris, 1926.

DEMOGUE. — *Traité des obligations*, t. I et II, 1923.

DUGUIT. — « Situation des particuliers vis-à-vis des Services Publics », *R.D.P.* 1907, p. 411.

— « Situation juridique du particulier faisant usage d'un Service Public », *Mélanges Hauriou*, p. 251.

GÉNY. — *Des droits sur les lettres missives*, t. I, 1911.

JÈZE. — « Essai d'une théorie sur le fonctionnement des Services Publics », *R.D.P.* 1912, p. 26.

JOSSERAND. — *Les transports*, 2^e éd. 1926.

LAMBERT. — *Les contrats en faveur des tiers*, Thèse, Paris, 1893.

LAROQUE. — *La situation juridique des usagers des services publics industriels*, Thèse, Paris, 1933.

PIOT. — *De l'application des prix des tarifs de chemins de fer*, 1913.

RENARD (A.). — *Le contrôle des Services Publics par les associations privées*, Thèse, Montpellier, 1914.

SAINTELETTE. — *Etude des contrats d'utilité publique*, Bruxelles, 1888.

II. — JURISPRUDENCE

(COMMENTAIRES DE DECISIONS JURISPRUDENTIELLES)

A) Notes de jurisprudence.

ALIBERT, au Sirey, 1929-3-113, 1933-3-81 et 97.

APPLETON, au Dalloz, 1922-1-41 et 1927-3-9.

BERTHÉLÉMY, au D., 1910-1-425.

BLAEVOET, au Dalloz, 1929-3-37, 1931-3-5, 1932-3-60, 1933-3-65.

CLOSSET, au Dalloz, 1925-3-17 et 1927-3-17.

DELVOLVÉ, au S., 1932-3-97.

DUGUIT, au S., 1922-1-241.

HAURIOU, au Sirey, 1893-3-17, 1896-3-113, 1894-4-1, 1896-3-129, 1897-3-17, 1899-3-65 et 89, 1900-3-89, 1903-3-13 et 17, 1904-3-49 et 81, 1906-3-65, 1907-3-33 et 113, 1908-3-1, 1909-3-145, 1910-3-1, 1911-3-17 et 49, 1913-3-7, 1914-3-65, 1914-3-113, 1916-3-41, 1917-3-33, 1916-3-17, 1920-3-25, 1921-3-1, 1923-3-33, 1924-3-57, 1924-3-25, 1925-3-25, 1926-3-33, 1928-3-17 et 113.

JÈZE, *Revue de Droit Public*, 1905, p. 346, 1908, p. 38, 58 et 663, 1909 p. 48, 1911 p. 69, 1913 p. 79, 1916, p. 363, 1923, p. 560.

LABBÉ, au S., 89-4-9.

LAROQUE, au Sirey, 1931-3-81, 1932-3-65, 1933-3-41, 9 et 113.

LEBLANC, au D., 1926-3-21.

LEBLANC, au D., 1926-3-21.

L'HUILLIER, au S., 1932-2-57.

LYON-CAEN, au Sirey, 1882-2-69 et 1884-1-433.

MESTRE, au Sirey, 1911-1-33, 1917-2-105, 1912-2-65, 1922-2-89, 1922-1-65, 1923-1-193, 1924-1-65, 161, 241 et 289, 1931-3-57.

PELLOUX, au D., 1933-3-17.

PEPY, au Dalloz 1926-3-65 et 1928-3-49.

PEPY, au Dalloz, 1926-3-65 et 1928-3-49.

P.L.J., au D., 1933-3-333.

WALINE, au D., 1928-3-41.

B) Conclusions des Commissaires du Gouvernement et avocats généraux :

ARRIVIÈRE, sous Conseil d'Etat, 9 avril 1897 et 7 décembre 1894.

BLUM, sous Conseil d'Etat, 11 mars 1910.

CHARDENET, sous Conseil d'Etat, 30 mars 1916.

CORNEILLE, sous Conseil d'Etat, 7 avril 1916, 8 février 1918, 3 décembre 1920, 9 novembre 1921, 25 novembre 1921.

DAVID, sous Conseil d'Etat, 28 juin 1878.

GOMEL, sous Conseil d'Etat, 24 novembre 1882 et 11 janvier 1884.

HELBRONNER, sous Conseil d'Etat, 19 janvier 1912 et 8 juillet 1913.

JOSSE, sous Conseil d'Etat, 28 mars 1930, 18 juillet 1930 et 9 décembre 1932.

LAROQUE, sous Cour de Lyon, 25 juillet 1921.

MARGUERITE, sous Conseil d'Etat, 15 juillet 1881.

NICIAS-GAILLARD, sous Cass. crim. 6 janvier 1848.

PICHAT, sous Conseil d'Etat, 4 mars 1910 et 8 mars 1912.

REGNAULT, sous Tribunal civil de la Seine, 10 mai 1916.

RIBOULET, sous Conseil d'Etat, 11 avril 1919, 27 juin 1919, 1^{er} août 1919.

RIVET, sous Conseil d'Etat, 26 janvier 1923, 12 décembre 1924 et 23 juin 1933.

ROMIEU, sous Conseil d'Etat, 8 août 1892, 22 mai 1903, 20 janvier 1905, 29 décembre 1905, 21 décembre 1906, 31 mai 1907.

ROUCHON-MAZERAT, sous Conflits, 11 juillet 1933.

TARDIEU, sous Conseil d'Etat, 6 décembre 1907, 10 janvier 1908 et 7 août 1909.

TEISSIER, sous Conseil d'Etat, 23 janvier 1903, 20 mai 1904, 15 novembre 1907

VALABRÈGUE, sous Conseil d'Etat, 29 décembre 1891.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
Chapitre Préliminaire. — Notion générale de la concession de Service Public	5
<i>Section I. — Evolution de la notion de concession</i>	5
§ 1. Notion générale des concessions administratives	5
§ 2. Genèse de la notion de la concession de Service Public	7
<i>Section II. — Domaine de la concession de Service Public</i>	11
§ 1. La concession de Service Public et le Service Public	11
§ 2. La concession de Service Public, le travail public et le domaine public	15
<i>Section III. — Structure juridique de la concession de Service Public</i> ..	18
§ 1. Les conceptions anciennes	18
§ 2. La doctrine moderne	22
§ 3. Données essentielles et position du problème	26

PREMIÈRE PARTIE

L'EXECUTION DU SERVICE

Chapitre I. — Les règles de l'exécution du Service	34
§ 1. Etendue des obligations du concessionnaire	36
§ 2. Le contrôle de l'administration sur l'exécution du Service ..	41
Chapitre II. — Les sanctions	45
§ 1. L'application des sanctions civiles	45
§ 2. Les sanctions pénales.	50

DEUXIÈME PARTIE

LA RÉGLEMENTATION DU SERVICE

Chapitre I. — Les bases juridiques de la réglementation du Service	58
<i>Section I. — Les solutions anciennes</i>	59
§ 1. Nature essentiellement contractuelle et rigide de la réglementation du service	59
§ 2. La théorie de l'ordre public opposée à la gestion des Services Publics	63
§ 3. La situation particulière des Compagnies concessionnaires de chemins de fer d'intérêt général	65
<i>Section II. — Les conceptions nouvelles</i>	68
§ 1. Le principe nouveau de la flexibilité du Cahier des Charges	68
§ 3. Influence des principes nouveaux sur la conception générale de la réglementation du Service	73
Chapitre II. — Les éléments de la réglementation du Service	77
<i>Section I. — Nature juridique des dispositions fixant les droits du concessionnaire dans l'exploitation du Service</i>	79
§ 1. Les tarifs	79
§ 2. Le droit du concessionnaire à l'exploitation exclusive du Service	82
<i>Section II. — L'organisation intérieure du Service : les rapports du concessionnaire et de son personnel</i>	87
§ 1. La situation juridique du personnel des Services Publics concédés.	88
§ 2. Caractère des dispositions relatives au statut du personnel Etendue des pouvoirs réglementaires	90

TROISIÈME PARTIE

L'ORGANISATION FINANCIÈRE DU SERVICE

Chapitre I. — Les bases juridiques de l'organisation financière du Service	98
§ 1. Le principe d'une garantie contractuelle incluse dans l'acte de concession	98
§ 2. Le double contentieux de la réglementation du Service	102
§ 3. La concession de Service Public, contrat administratif	106

Chapitre II. — Les éléments de l'organisation financière du Service	108
<i>Section I. — La garantie de l'aléa administratif</i>	109
§ 1. Principe de l'indemnisation, son fondement juridique	110
§ 2. Conditions d'application et modalités de l'indemnisation	112
<i>Section II. — La garantie de l'aléa économique</i>	121
§ 1. Principe de l'indemnisation, son fondement juridique	121
§ 2. Conditions d'application et modalités de l'indemnisation	125
<i>Conclusion : L'organisation financière du Service et la crise du contrat de concession</i>	134

QUATRIÈME PARTIE

LA PRESTATION DU SERVICE

Chapitre I. — Le Service et le public	141
<i>Section I. — L'incertitude de la jurisprudence</i>	145
§ 1. Le recours en indemnité	146
§ 2. Le recours pour excès de pouvoir	148
§ 3. Le recours devant le juge du contrat en exécution d'une stipulation pour autrui contenue dans l'acte de concessiin	154
<i>Section II. — Discussion doctrinale</i>	156
Chapitre II. — Le Service et l'usager	160
<i>Section I. — L'établissement du lien juridique entre le Service et l'usager</i>	160
§ 1. Le droit des particuliers à la prestation du Service	161
§ 2. Les différentes formes de l'usage du Service	165
<i>Section II. — Nature et contenu de la situation de l'usager</i>	167
§ 1. Position du problème	167
§ 2. L'application du Cahier des Charges de la concession	175
§ 3. L'application des modifications apportées au Cahier des Charges	178
CONCLUSION	183
BIBLIOGRAPHIE	189

